



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Cali**  
Sala Laboral

|            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Proceso    | <b>Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Demandante | <b>ERNESTO GARCÍA</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Demandados | <b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Radicación | <b>76001310501120200002201</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Tema       | <b>Ineficacia del Traslado de Régimen</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Sub Temas  | <p><b>Deber de información:</b> En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Desde la fundación de las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones, éstas tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <b><u>gastos de administración</u></b>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al <b>RAIS</b>, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias <b>SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P.</b> CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p><b>El enriquecimiento sin justa causa</b> no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.</p> <p><b>Prescripción de la nulidad de traslado de régimen:</b> El traslado de régimen se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y por consiguiente al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, resulta imprescriptible.</p> |

**AUDIENCIA PÚBLICA No. 017**

En Santiago de Cali, a los veintiséis (26) días del mes de febrero de 2021, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15<sup>1</sup>**, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver el recurso de Apelación** formulado por la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.** contra la **Sentencia No. 366 del 3 de diciembre del 2020**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del CPTSS.

### **Alegatos de Conclusión**

Fueron presentados por las **demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

Surtido el trámite anterior, procede la Sala a proferir la siguiente,

### **SENTENCIA No. 017**

### **Antecedentes**

---

<sup>1</sup> La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**ERNESTO GARCÍA** presentó demanda Ordinaria Laboral<sup>2</sup> contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

### **Demanda y Contestación**

Refirió el actor que, nació el 7 de julio de 1962; que en el año 1986, empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de invalidez, vejez, y muerte.

Que, el 28 de enero del 2005, suscribió formulario de afiliación al fondo de pensiones administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; que en dicho trámite de traslado de régimen pensional, no recibió la información necesaria para adoptar una decisión libre y consciente.

Señaló que, durante el proceso de traslado de régimen pensional no se le ilustro con suficiencia sobre las diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales y las consecuencias que podría ocasionarle la decisión de efectuar un traslado al RAIS.

Que, su traslado se produjo mediado por información incompleta, toda vez que los asesores de Porvenir S.A., se limitaron a informarle de forma genérica sobre los beneficios del RAIS, sin explicarle la forma en la cual se liquidan las pensiones en este régimen pensional, la incidencia de distintos factores externos en el monto de su pensión como son los movimientos del mercado

---

<sup>2</sup> Artículo 2, numeral 4, del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual fue modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012.

financiero y la rentabilidad del fondo de pensiones y la importancia de efectuar aportes voluntarios, entre otros aspectos.

Sostuvo que, el 15 de noviembre del 2019, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la declaratoria de traslado de régimen pensional junto con el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el traslado de la totalidad de los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos y los demás emolumentos recibidos con motivo de su traslado y, la entidad el 18 del mismo mes y año respondió que, no era posible anular la afiliación realizada, por cuanto ésta fue realizada ejerciendo su libre elección de régimen.

Que el 15 de noviembre del 2019, solicitó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. la declaratoria del traslado de régimen pensional junto con el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el traslado de la totalidad de dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos y los demás emolumentos recibidos con motivo de su traslado y, la entidad mediante oficio enviado vía correo electrónico el 30 de diciembre siguiente, le respondió que no era posible anular su afiliación y, que en ningún momento han sido violentados sus derechos pensionales.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**. Se opuso a todas las pretensiones incoadas por el actor, puesto que, la selección de cualquiera de los regímenes existentes RAIS y RPM, es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por ello no está obligada a realizar el traslado del RAIS al RPM. Propuso en su defensa las excepciones perentorias denominadas: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; La innominada; Buena fe** y la de **Prescripción**.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Se opuso a todas las pretensiones en la medida en que, el demandante no

allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación al encontrarse válidamente afiliado en el RAIS, sin que lograra demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado, no habiendo lugar a decretarse la misma, en ese sentido refiere que no incumplió con ningún deber profesional. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de Buena fe.**

### **Trámite y Decisión de Primera Instancia**

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la Sentencia No. **366 del 3 de diciembre del 2020**; declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Ernesto García desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia generar el regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones; condenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, y rendimientos causados con ocasión del traslado del señor Ernesto García; condenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del señor Ernesto García por el tiempo que estuvo afiliado a esta entidad; ordenando a Colpensiones a que reciba al señor Ernesto García en el RPM, así como las sumas provenientes de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que como administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella y condenando finalmente en costas a las entidades demandadas.

## Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión impugna la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Pide se revoquen las condenas proferidas en su contra, respecto de los numerales segundo, tercero y quinto, e igualmente se le absuelva de las mismas.

Adujo que, no es dable que se ordene por parte del Despacho la declaratoria ineficacia de la afiliación realizada por parte del demandante atendiendo al hecho que, de acuerdo a lo manifestado en los alegatos de conclusión la entidad si cumplió con el deber de información que le asistía respecto de la afiliación realizada en el año 1997, por el señor Ernesto García.

Resaltó que, el análisis anacrónico que se hace respecto de las obligaciones que le asistían a Porvenir para dichas épocas, toda vez, que si bien las consideraciones presentadas por parte del señor Juez tendientes a los aspectos relativos a la información que debían proporcionar las administradoras de fondos de pensiones, son elementos que se desarrollan con posterioridad a la fecha de afiliación del demandante, por ello entonces se obliga a la entidad a cumplir lo imposible y a brindar una información con unos términos y unos lineamientos que no estaban vigentes a la época de la suscripción del formulario de afiliación, que reitera cumplió a cabalidad con lo exigido por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, como lo manifestó el señor A quo en sus consideraciones, pero no ha tenido en cuenta o ha pasado por alto el hecho de que ese formulario de afiliación se convierte en una prueba fehaciente no solo en la voluntad de los actores de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, sino de la información que le fue proporcionada en su momento, así las cosas, no es dable la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, no obstante en caso en que el Tribunal decida mantener la decisión proferida por el juez de primera instancia en la sentencia, se debe comprender las consecuencias jurídicas derivadas de la declaratoria de

ineficacia, esto es, retrotraer las cosas a un estado inicial como si la afiliación del demandante nunca se hubiere realizado con la entidad

A su vez, manifestó que, no sería procedente que se ordene a Porvenir S.A., el traslado de los gastos de Administración ya que, los mismos fueron descontados conforme lo autoriza el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y fueron utilizados para generar los rendimientos financieros a los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor y que son claramente verificables conforme la evidencia documental que fue aportada con la contestación de la demanda, por ello entonces la devolución de los gastos de administración se considera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y a cargo de la entidad, carga que Porvenir S.A., no estaría obligada a asumir y más cuando suministró de manera diligente y oportuna los recursos por parte de los actores.

Que, en lo que atañe a la prescripción es importante aplicar lo establecido en los arts. 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y SS porque aquí lo que se discute no es el derecho pensional que le asiste al demandante sino el acto de afiliación que se suscribió en el año 2005, acto que claramente se declara prescrito según lo establecido en la normatividad citada anteriormente y, entender lo contrario implica una vulneración al principio de seguridad jurídica que le asiste a la entidad y más porque aquí no se discute el hecho de que el demandante previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley puedan acceder a una mesada pensional dentro del Régimen de Ahorro Individual.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre **el recurso de apelación** interpuesto por la **AFP Porvenir S.A.**, respecto de la Sentencia proferida por el Juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del CPTSS, se asume

el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta**, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio.

### **Hechos Probados**

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: **I)** el accionante **Ernesto García** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones, a partir del 29 de noviembre de 1986 (fl. 9 del expediente digital); **II)** posteriormente, el actor diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Porvenir S.A** el 28 de enero del 2005, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de marzo del 2005 (fl. 36 del expediente digital), fondo al que se encuentra afiliado actualmente; **III)** el demandante el 15 de noviembre del 2019, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Colpensiones** y la entidad a través del ofico BZ2019\_15488780-3415567 del 18 del mismo mes y año, le respondió de manera negativa. (fls. 27, 28, 31 a 33 del expediente digital); **IV)** el actor el 15 de noviembre del 2018, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante Porvenir S.A. y la entidad a través de documento con consecutivo 0103802047506200 respondió de manera negativa la solicitud. (fls. 29, 30, 34 y 35 del expediente digital)

### **Problemas Jurídicos**

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si **I)** el traslado de régimen del demandante es invalido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la

posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** procede la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que, la entidad si cumplió con el deber de información que le asistía respecto de la afiliación realizada por el actor en el año 1997; **III)** el hecho que, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, la norma no contemplaba los lineamientos que se exigen en la actualidad, es argumento suficiente para no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; **IV)** es viable la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual, gastos de administración y rendimientos; **V)** si el traslado de los aportes y rendimientos del RAIS al RPM constituyen un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y **VI)** procede la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **Análisis del Caso**

### **Ineficacia de Traslado**

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o inconveniencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público

obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

El **deber de información** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber de disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículo 72 literal f) y artículo 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar ***“debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas...”***.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010 y 2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, como: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés**.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por Ley siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una

información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse...” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Tal omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del **22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras, como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor<sup>3</sup> o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)*

Descendiendo al asunto de marras, y como ya se advirtió, obra copia de la solicitud de vinculación del **28 de enero del 2005**, que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Porvenir S.A** (fl. 36 del expediente digital), administradora a la cual se encuentra afiliado en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, la entidad Administradora de Pensiones **Porvenir S.A.** haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, al demandante.

No se denota que la entidad de Seguridad Social demandada le haya suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debe mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretende el fondo demandado, acreditar que cumplió con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por el fondo privado, pues no se puede predicar que el accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación

que por escrito la AFP debió dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

*"...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

***Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...".*** (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**.

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable**.

En lo concerniente a: **I)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, la entidad si cumplió con el deber de información que le asistía

respecto de la afiliación realizada por el actor en el año 1997; y **II)** la procedencia de la prescripción en los procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos en las consideraciones anteriores.

Ahora, respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas **Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS.**

Para la Sala, resulta pertinente aclarar que, el enriquecimiento sin justa causa no opera en el presente proceso, toda vez, que los aportes, rendimientos y los gastos de administración, no van a generar un enriquecimiento al demandante en detrimento económico de la AFP accionada debido a que en principio el actor se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al haber sido declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a la omisión del deber de información, de acuerdo con lo mencionado en las anteriores consideraciones, éstas sumas a cargo de la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A., serán devueltas al RPM administrado por Colpensiones.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las demandadas, los cuales se

despacharan negativamente en las respuestas dadas por la Sala a cada uno de los puntos de apelación.

### **Costas**

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de **Porvenir S.A.** y en favor del demandante, por no haber salido adelante en su recurso de apelación, incluyendo en ellas la suma de cuatro (4) millones de pesos como agencias en derecho.

### **Decisión**

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la **Sentencia 366** del **3 de diciembre del 2020** proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por las razones expuestas.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** en favor del demandante; líquidense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de cuatro (4) millones de pesos.

**TERCERO:** Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente a su Juzgado de Origen para lo de su cargo.

No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

**COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA**  
Magistrado Ponente

  
**CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ**  
Magistrada

  
**ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ**  
Magistrada