



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105001201900426 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p>Deber de información: 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>Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen 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.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la 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.</p> <p>La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, debido a que, los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u></p> <p>Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.</p>

AUDIENCIA PÚBLICA No. 098

En Santiago de Cali, a los cuatro (4) días del mes de junio 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 15¹**, 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 los recursos de apelación** formulados por las demandadas **Colpensiones y Porvenir S.A.** contra la **Sentencia No. 160 del 28 de agosto de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero 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 C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la **demandada Porvenir S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 094

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

Antecedentes

JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y 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

El demandante señala que nació el 29 de diciembre de 1956; e inicialmente, que estuvo afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde septiembre de 1988 hasta marzo de 2003.

Que en el año 2003, recibió visita de funcionarios de Porvenir S.A., ofreciéndole maravillosas ventajas para que realizada el traslado de régimen, esto es, que era más conveniente estar en el RAIS porque se podía pensionar anticipadamente, se pensionaría con mesada alta y menos edad, aunado a que el ISS iba a quebrar y desaparecer, y por tanto perdería todas las cotizaciones y bonos pensionales.

Que ante tal motivación, efectuó su traslado de régimen desde marzo de 2003, permaneciendo en el RAIS hasta el mes de septiembre de 2005; toda vez que regresó al RPM administrado por el ISS, registrando aportes en dicho régimen desde el mes de octubre de 2005. Sin embargo, En el mes de mayo de 2009, en sus desprendibles aparecía nuevamente como fondo de pensiones PORVENIR S.A.

Que ante este último evento, elevó derechos de petición a su empleador INPEC y el ISS, manifestando su deseo de realizar el pago de aportes en pension al ISS.; sin embargo, no obtuvo respuesta alguna.

Que posteriormente, el 5 de noviembre de 2014, radicó en COLPENSIONES solicitud de aclaración del por qué el traslado solicitado en septiembre de 2005, había sido revocado sin aviso; ante lo cual COLPENSIONES indicó que el actor no cumplía con el tiempo de permanencia en el RAIS.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la presente, considerando que el traslado de régimen realizado por el actor, se hizo bajo el consentimiento libre y voluntario de éste. Y en su defensa, propuso las excepciones de mérito: **Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, Buena fe, y prescripción.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, manifestando que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del actor jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional., pues la decisión fue tomada de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremio de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para tal fecha. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, Buena fe.**

Demanda de Reconvención

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, formula demanda de Reconvención en contra del señor **JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA**, en procura a que se devuelvan todos los dineros que haya recibido por parte de esa entidad por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la **pensión de invalidez.**

Hechos demanda reconvención

Indica Porvenir S.A. que el señor JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA, como afiliado de esa entidad desde el 21 de enero de 2003, radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez en el año 2019, la cual fue resuelta favorablemente, otorgando la misma a partir del 9 de octubre de 2019, en cuantía de \$990.454 bajo la modalidad de retiro programado. En ese orden, se le ha pagado la suma total de \$21.448.500 por concepto de mesadas pensionales causadas desde “...**el 13 de marzo de 2018 (fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral) hasta febrero del 2020...**”.

Que el 25 de julio de 2019, el señor BACCA GAMBOA radicó demanda ordinaria laboral, en procura que se declare la nulidad de afiliación con esa entidad, y consecuentemente, que se trasladen los aportes realizados del RAIS al RPM.

Contestación Demanda Reconvención

Al dar contestación a la acción, el **demandante** se opuso a las pretensiones de la reconvención, considerando que su actuación la hizo bajo los parámetros de la buena fe, confiando en el asesoramiento de AFP, quien lo hizo incurrir en error para trasladarse y permanecer en el RAIS. Que no hubo una labor de acompañamiento por parte de Porvenir S.A. al momento del traslado, sin que haya existido una información de calidad tendiente a mostrar los beneficios o desaveniencias del traslado al RAIS. Que las mesadas fueron percibidas de buena fe por el actor. En su defensa, el actor propuso las excepciones de: **La anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales, cobro de lo no debido, la nulidad fue conducta indebida de la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., y buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 160 del 28 de agosto de 2020**; declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y así mismo, la ineficacia del traslado del RPM administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizado por el demandante JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA, declarando para todos los efectos legales que el actor nunca se traslado de régimen permanenciando en el RPM. Ordenando a PORVENIR S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, devolver el porcentaje correspondiente a gastos de administración, por el periodo que administró las cotizaciones de la demandante. Ordenado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, admitir nuevamente al actor en el RPM sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales. Absolvió al señor JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA, de las pretensiones solicitadas en su contra con la demanda de reconvención formulada por PORVENIR S.A. Se imponen costas a cargo de Porvenir S.A., excluyendo a Colpensiones.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnan los apoderados de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y de la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A..**

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, como sustento de su recurso de apelación, expuso que conforme la Ley 100 de 1993, y demás normas complementarias, los afiliados tendrán derecho al reconocimiento, pago y reliquidación de las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. Pero

tales reconocimientos le corresponde a la entidad administradora a la cual se encuentre afiliada la persona, y por obvia razón quien debe resolver la solicitud de la prestación es la AFP Porvenir S.A..

Que COLPENSIONES se opone a la declaración absoluta de la ineficacia de traslado del demandante, pues no demostró en el proceso pérdida de transito legislativo, o la frustración de una expectativa legítima, ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS, toda vez que al permanecer en Porvenir S.A. va a contar con la posibilidad de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto en la buena fe en el momento que se afilió al RAIS administrado por Porvenir S.A., como se alegó en el proceso. Pues también se debe tener en cuenta que para el momento de la afiliación era imposible preveer los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años para calcular una futura mesada pensional real.

Que en el presente caso, no se ha logrado establecer o configurar un engaño al tomar la decisión desfavorable de sus intereses, más aún cuando ha permanecido por mucho tiempo en el RAIS hasta la fecha, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y a la administración, lo cual afirma su decisión de permanecer en tal régimen.

Por lo cual, COLPENSIONES considera que el demandante se encuentra validamente afiliado al RAIS por decisión propia, como se demuestra con la firma del formulario de afiliación ante la AFP Porvenir S.A.; sin mostrar inconformidad.

Finaliza solicitando se absuelva a esa entidad de todas las obligaciones aquí impuestas.

Como sustento de su recurso, la apoderada de **PORVENIR S.A.**, manifestó que, reitera, no existía ningún tipo de obligación para esa entidad, en la fecha que se produjo el traslado del demandante, de suministrarle información de manera escrita, sino que se cumplió con todo el deber de información, de manera verbal a través de los asesores debidamente calificados, siendo finalmente la decisión tomada por el demandante de manera libre, consciente y voluntaria, sin ningún tipo de presión o coacción ya que no solo de informó de manera verbal, sino que se suscribió el formulario de afiliación que era el único requisito que existía para la época.

Que si bien lo pretendido por el demandante era la nulidad absoluta, finalmente se declaró la ineficacia de traslado al RAIS, pero a pesar de esto el actor no logró probar que se produjo algún tipo de ilegalidad al momento de dicho traslado; por lo tanto, no era procedente que se declarara la ineficacia.

Que debe tenerse en cuenta que el deber de información no solo está en cabeza del esa entidad, sino que también lo está en cabeza del demandante como consumidor financiero, y en esa condición debió informarse de las decisiones que toma, en ese caso respecto de su pensión o del régimen al cual iba a pertenecer, esto es, que no siendo esta relación de carácter contractual, sino de carácter administrativo, no existe ningún tipo de posición dominante y no se puede premiar la desinformación del demandante, es decir, aceptar la ignorancia de la ley como excusa.

Que las acciones para reclamar la nulidad absoluta del traslado, o ineficacia, se encuentran prescritas debido a que no se está en presencia de algún tipo de vulneración al demandante del derecho pensional, sino que lo que está prescrito es la nulidad o el acto que define bajo cual régimen es que se va a encontrar pensionado el demandante.

Que si tiene en cuenta la consecuencia jurídica de la ineficacia declarada en la sentencia de primera instancia, el actor nunca se trasladó al RAIS y

siempre permaneció en el RPM, por lo tanto, al no haber ningún vínculo con esa entidad, y el dinero del actor nunca ha estado en una cuenta de ahorro individual administrado por Porvenir, nunca se le generarían unos rendimientos, que solo se generan en el RAIS, gracias a la debida gestión realizada por la Administradora. Así, al no existir ningún tipo de vínculo entre las partes, según la declaratoria de ineficacia, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante tantos años que estuvo afiliado el actor al RAIS.

Que en cuanto a la orden de devolución de gastos de administración, considera que no es procedente la misma, por cuanto éstas son comisiones ya causadas o sumas ya utilizadas por la entidad para la debida administración y protección que se le generó al demandante para las contingencias de invalidez, vejez y muerte; como en su caso que se le protegió la contingencia de invalidez, al encontrarse pensionado por esa entidad por tal motivo. Que en el caso de ordenarse la devolución de los gastos de administración, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones, y un detrimento patrimonial a Porvenir.

Que estando ya pensionado el actor por Porvenir, se estaría beneficiando de manera doble, y obtendría un enriquecimiento al no devolver las sumas pretendidas dentro de la demanda de reconvención, pues los fines solidarios de la seguridad social y la financiación del mismo sistema, lo que estaría percibiendo es dos veces, las mismas cotizaciones, para obtener un doble beneficio del sistema, pues ya le fue entregada la suma de \$21.448.500, la cual en caso de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, se debería devolver dicho valor a Porvenir, con el fin de ser entregada de su parte a Colpensiones, pues con la misma es que se financia la pensión dentro del sistema de seguridad social.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver el **recurso de**

apelación interpuesto por las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S., 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 actor JOSE FERNANDO BACCA GAMBOA se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, el 1° de agosto de 1984 (fl. 143); **II)** posteriormente, el actor se vinculó al fondo de pensiones **Porvenir S.A.**, a partir del 1° de marzo de 2003 (fl. 143), donde permanece vinculada hasta la fecha; **III)** el 3 de abril de 2019 elevó ante **Colpensiones**, solicitud de nulidad de traslado de régimen realizado a Porvenir; sin que obre respuesta alguna. **IV)** en el año 2019 le fue otorgada al actor pensión de invalidez, por parte de Porvenir S.A., reconociendo la suma de \$17.117.293 correspondiente a las mesadas generadas entre el 13 de marzo de 2018 y el mes de octubre de 2019 (fls. 205 a 207).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen del demandante es inválido habida cuenta que no

recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, el actor no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que el actor se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, al actor se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** el traslado de gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD. **V)** si ante la declaratoria de ineficacia de traslado, corresponde al actor realizar la devolución de las sumas reconocidas por concepto de pensión de invalidez otorgada por Porvenir S.A.

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, son 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 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.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° 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, entratándose 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, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838, 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 o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, se tiene que conforme a la copia de la historia laboral de vinculaciones (folio 143), que da cuenta que el demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** con fecha efectiva de afiliación 1 de marzo de 2003.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen o vinculación, 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, a la demandante.

No se denota que la entidad de Seguridad Social demandada le haya suministrado a la 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 la 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 a la 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**.

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.

Considera ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A.** que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, por lo tanto, se debe trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que estos

fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estas, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual de la actora en el RAIS, sino a la administración que en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor de la actora.

Respecto a lo pretendido por PORVENIR S.A. en su demanda de **reconvención**, considera esta Sala que no es dable acceder a la solicitud de disponer la devolución de lo percibido por el actor por concepto de pensión de invalidez, toda vez que las sumas percibidas por dicho concepto no hacen parte del patrimonio de esa entidad, sino que las mesadas devienen de los mismos recursos acumulados por el afiliado para tal fin, situación que de igual forma no permite considerar la posibilidad de un enriquecimiento sin causa, pues como se reitera, los valores percibidos por dicha prestación económica, no son otros que los que fueron reunidos, en su momento, en la cuenta de ahorro individual que existía a su nombre y lo que se ordena devolver es lo que tiene acumulado el demandante en su cuenta individual de ahorro.

En lo concerniente a los argumentos de los recursos de apelación y alegatos de conclusión, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos y atendidos en las consideraciones anteriores.

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.

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. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de **Colpensiones y Porvenir S.A.**, en favor del demandante, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte, como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

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 No. 160 del 28 de agosto de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por lo motivado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y la **Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, y en favor del demandante; liquídense

oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte, a sufragarse por cada una ellas.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al 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

(CON IMPEDIMENTO)
ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada