



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	ORLANDO CASALLAS AVILA
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105001201900571 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 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.</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 las AFPs 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, no se convalida</p>

	<p><u>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. 128

En Santiago de Cali, a los treinta (30) 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 98 del 24 de junio 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 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

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

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

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

SENTENCIA No. 124

Antecedentes

ORLANDO CASALLAS AVILA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y la **Administradora de Fondos de Pensiones 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, rendimientos y gastos de administración. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, el actor señaló que, nació el 21 de octubre de 1959; y que, desde febrero de 1987, se afilió y cotizó al Régimen de Prima Media administrado en esa época por el Instituto de Seguros Sociales.

Que, en el mes de diciembre de 1999, fue trasladado al RAIS por un asesor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., haciéndole firmar el formulario respectivo, sin habersele informado en ese momento sobre las diferencias de las mesadas pensionales entre ambos regímenes, ni la diferencia de la liquidación de la pensión.

Que el 10 de julio de 2019, solicitó ante Porvenir S.A. la expedición de un cálculo actuarial para determinar el valor de la mesada pensional; petición que fue atendida por esa entidad informándole que a la edad de 62 años el monto de la pensión, en esa AFP, sería de \$1.223.300; Y que de haber estado vinculado a COLPENSIONES su mesada hubiese ascendido a la suma de \$2.732.200, para la misma edad.

Que, a pesar de contar con tal información, PORVENIR omitió notificarlo y/o asesorarlo sobre el traslado a COLPENSIONES, a menos de diez años de cumplir con la edad de acceder al derecho pensional.

Que el 21 de agosto de 2019, el actor solicitó a PORVENIR el traslado de régimen a COLPENSIONES, sin embargo, tal petición fue resuelta negativamente, en fecha 27 de agosto de 2019, bajo el argumento de no cumplir con los requisitos señalados en la sentencia C1024 de 2004, entre otras.

Que, de igual forma, el 17 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES el traslado a esa entidad, pero dicha solicitud fue negada por la entidad en la misma fecha, manifestando que se encontraba a menos de diez años para acceder al derecho de pensionarse.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la presente, argumentando que la selección de cualquiera de los regímenes existentes, RPM o RAIS, es potestad única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por lo cual esa entidad no está obligada a realizar el traslado solicitado por el actor. Finalmente, 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 la afiliación del demandante a esa entidad, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se desprende de la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita referida en el Art. 114 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Buena fe, inexistencia de la obligación.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 98 del 24 de junio de 2020**; Declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y así mismo, la ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por AFP HORIZONTE , hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado por el señor ORLANDO CASALLAS AVILA, el 6 de diciembre de 1999; y por tanto, que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante. Ordenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, admitir nuevamente al señor ORLANDO CASALLAS AVILA en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. Imponiendo costas a Porvenir S.A., exceptuando a Colpensiones.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnan las apoderadas de las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, y Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A..**

El apoderado judicial de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, entre los argumentos planteados para sustentar el

recurso de apelación, señala que a criterio del *A quo* se tiene como preferente la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como en sentencia 31081 de 2001 y 1688 de 2009, referente a la nulidad o ineficacia de traslado, sin embargo, no es posible su aplicación al caso concreto pues se trata de supuestos fácticos que no son similares al caso del demandante.

Que como se observa en el proceso, el demandante al momento de trasladarse de régimen no contaba con una expectativa legítima, y mucho menos un derecho adquirido frente a su situación pensional, es decir, estaba en toda la libertad otorgada por la Ley 100, de trasladarse de régimen pensional, lo cual hizo así al suscribir el formulario de afiliación en el año 1999 con Porvenir; documento que la parte demandante no tachó de falso y que cumplió con los estándares legales que exigía el Decreto 692 de 1994. Y en ese momento, no existían exigencias adicionales de estimulaciones o proyecciones pensionales, ni de doble asesoría, que se la atribuyera a las AFPs.

Que, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, se puede evidenciar que existió una asesoría por parte de Porvenir, en el cual se le indicaron una serie de características, y el hecho de que el demandante no recuerde la situación particular o la información que se le suministró en ese momento, no puede llevar a concluir que no se le suministró la información para trasladarse de régimen.

Que teniendo en cuenta que no era posible al momento de la afiliación convalidar el monto de la mesada pensional en el RAIS, porque existirían varios aspectos particulares como IBC, los beneficiarios, rendimientos que generaría la cuenta de ahorro individual, entre otros.

Que, respecto de la condena a la devolución de gastos de administración, considera que éstos son fijados por la misma Ley 100, no solo a las AFPs de ahorro individual, sino también al RPM, pero específicamente en su artículo

20, esos cobros por administración tienen una finalidad propia que es cubrir las contingencias de invalidez y muerte del afiliado durante la vinculación; lo mismo en lo referente al fondo de solidaridad. Por ende, no es justificable desde un aspecto legal, la condena a Porvenir de hacer la devolución de unos gastos de administración cuando el acto jurídico existió, y cuando beneficios que no hubiese recibido en el RPM, como la producción de unos rendimientos financieros.

Por lo cual, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a esa entidad de todas y cada una de las pretensiones.

La apoderada de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, en la sustentación del recurso de apelación, argumenta que el actor a la fecha cuenta con 60 años de edad, es decir, que se encuentra dentro de la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo cual obedece a que este derecho no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

Que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia, como se demuestra con la firma del formulario de afiliación ante la AFP Porvenir S.A..

Que se opone a que se declare la nulidad y que se acepte al demandante en el RPM, puesto que la selección de cualquiera de los dos regímenes existentes, se hace de manera libre y voluntaria, y por ello Colpensiones no está obligada a realizar ese traslado del RAIS.

Que se debe tener presente el palpable desconocimiento al principio de sostenibilidad financiera, como se demuestra en la sentencia T 489 de 2010, lo cual afecta el sistema general de pensiones.

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Administradora de Fondos de Pensiones 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 **ORLANDO CASALLAS AVILA** se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 24 de febrero de 1987 (fl.34); **(ii)** posteriormente, el **actor**, diligenció el formulario de afiliación ante **PORVENIR S.A.**, el 6 de diciembre de 1999 (fl.25), siendo fecha de inicio de efectividad el 1° de febrero de 2000, donde se encuentra afiliado en la actualidad (fl. 34); **(iii)** el 10 de julio de 2019, radicó ante PORVENIR S.A., solicitud de cálculo actuarial (fl. 50); **(iv)** el 21 de agosto de 2019, radicó ante PORVENIR S.A., solicitud de traslado de régimen del RAIS al RPM, no obstante, la misma fue negada por esa entidad con comunicación del 27 de agosto de 2019, indicando que se encontraba a menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez (fl.59 y 61); **(v)**

el **actor** el 17 de septiembre de 2019, elevó ante Colpensiones solicitud de afiliación a esa entidad, petición que fue negada mediante comunicación de la misma calenda, bajo el argumento de encontrarse a menos de diez años para acceder al derecho pensional por vejez (fl. 57 a 58).

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, el 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. **VI)** la procedencia de condena en costas a la parte vencida en juicio.

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 con lleva 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, 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, 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 el demandante **ORLANDO CASALLAS AVILA**, al absolver **interrogatorio de parte**, manifestó que para la época del traslado de régimen, recibió en su sitio de trabajo visita de unos asesores de PORVENIR ofreciendo algunas ventajas sobre el seguro, y argumentando que el ISS se iba a acabar, por lo cual decidió trasladarse a ese fondo de pensiones. Que los asesores también le indicaron que iba a tener mejores prebendas y que el proyecto de vida, en cuanto al futuro de la pensión, iba a ser mejor. Que las prebendas consistían en que el monto de la pensión en Porvenir iba a ser alta, y que en el momento iba a reemplazar

al Seguro Social. Que no recuerda si le mencionaron los requisitos para acceder a esa modalidad de pensión de vejez, ni a donde se dirigían los aportes que iba a realizar, ni la posibilidad de hacer aportes voluntarios. Que considera que fue un engaño, pues al ver la proyección al día de hoy, con lo que Porvenir ofreció, y lo que Colpensiones ofrece, la diferencia es altísima.

De igual forma, obra copia de la solicitud de vinculación e *Historia Laboral Consolidada*, que dan cuenta que el 6 de diciembre de 1999, el demandante suscribió solicitud de trasladado del **RPM** al **RAIS** con **PORVENIR S.A.**, siendo fecha de inicio de efectividad el **1º de febrero de 2000**, donde se encuentra afiliado en la actualidad. (fl.25 y 34).

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, 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 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 al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le falta 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 esta 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 del actor, por lo tanto, se deben 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 valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 del actor 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 del actor.

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., se mantendrá al haber sido vencida en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**, y en favor del demandante **ORLANDO CASALLAS AVILA**, por no haber sido avantes en su recurso 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 98 del 24 de junio de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en **COSTAS** de esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.** y en favor del demandante; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta 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 MARTÍNEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada