



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

| | |
|------------|---|
| Proceso | Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia |
| Demandante | MARIO POMBO PENAGOS |
| Demandados | COLPENSIONES y PORVENIR S.A. |
| Radicación | 760013105009202100133 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 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</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>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>La acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo.</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 ejercie oposición y resulta vencida en juicio.</p> |
|--|---|

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre de 2021, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, 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, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en 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 184 del 28 de mayo de 2021**, proferida por el **Juzgado Noveno 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.

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

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante** y las **demandadas Colpensiones y 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. 312

Antecedentes

MARIO POMBO PENAGOS presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y la **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, rendimientos y gastos de administración; conservando todos los derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida. Además, se condene al reconocimiento y pago de perjuicios morales y materiales, y se imponga el pago de costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, el actor señaló que, nació el 26 de diciembre de 1958; y que, estuvo afiliado y realizó aporte al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, desde el 15 de noviembre de 1984.

Que, a partir del 1° de julio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., motivado por una indebida asesoría, toda vez que un promotor de esa entidad lo convenció que tendría un mesada de valor superior a la que recibiría en el ISS.

Que, en el proceso de afiliación, no se le explicaron las condiciones del traslado, se incumplió con el deber de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas de tal decisión; tampoco se le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaren menos de diez años para cumplir la edad para acceder al derecho pensional de vejez.

Que, el 29 de agosto de 2019, elevó ante PORVENIR S.A., solicitud de nulidad de afiliación o traslado de régimen; y el 5 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES le fuera aceptado el traslado desde la AFP PORVENIR y activara su afiliación al RPM, sin obtener respuesta alguna.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma. Y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **prescripción, Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, considerando que la afiliación del demandante con ese Fondo, en el año 1995, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 00566484 -documento público-en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos

de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. En su defensa propuso las excepciones de fondo: **Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, y compensación.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 184 del 28 de mayo de 2021**; declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y así mismo, la ineficacia del traslado del señor MARIO POMBO PENAGOS, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.. En consecuencia, el señor MARIO POMBO PENAGOS, debe ser admitido en el RPM gestionado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado, conservando el régimen al cual tenía derecho, que en el presente caso, no es el de transición, una vez PORVENIR S.A., realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros, así como devolución de las cuotas de administración. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante con sus respectivos rendimientos financieros, e igualmente devuelva el valor de las cuotas de administración. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES cargar a la historia laboral del señor MARIO POMBO PENAGOS, los aportes realizados por éste, a PORVENIR S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros y las cuotas de administración. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el o los bonos pensionales que hubieren sido redimidos por dicha Oficina a dicha AFP, los cuales deberán ser debidamente indexados. Imponiendo costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnaron los apoderados de las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**.

La apoderada de la **demandada COLPENSIONES** manifiesta que, teniendo en cuenta que el actor había nacido el 26 de diciembre de 1958, a la fecha cuenta con 62 años de edad, y por tanto, cuenta con el requisito para acceder a la pensión de vejez.

Que el actor, inicialmente se afilió al RPM administrado por el ISS, hoy Colpensiones, y el 1° de julio de 1995 solicitó traslado de régimen pensional al RAIS administrado por PORVENIR S.A., encontrándose así en la prohibición expresa del Art. 2 de la Ley 797 de 2003.

Que el demandante, debe demostrar la pérdida de un transito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS; pues no demostró vicio en el consentimiento o asalto en la buena fe al momento de trasladarse de régimen pensional. Además, para el momento de la afiliación era imposible predecir los IBC sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años, y calcular una futura mesada pensional real en dicho momento, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha.

Por lo cual, el demandante se encuentra validamente afiliado al RAIS por decisión propia, como lo demuestra su firma en el formulario de afiliación a PORVENIR y su permanencia en tal régimen por más de 25 años, sin demostrar inconformidad alguna frente a sus cotizaciones de ese fondo y en esa medida, ostenta una situación jurídica consolidada en PORVENIR en razón a su edad, conforme sentencia SL373 de 2021.

Por lo cual, solicita revocar la sentencia de primera instancia, y en su

lugar absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones.

El apoderado de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló igualmente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, considerando que si bien el actor alegó vicios en el consentimiento para que se declarara la ineficacia del traslado, lo cierto es que sus afirmaciones quedaron carentes de sustento legal, pues no fueron demostrados los vicios alegados en la demanda.

Que, PORVENIR, jamás incurrió en las conductas señaladas por el actor, dado que así lo demuestra la prueba documental aportada con la contestación de la demanda, entre ellas la solicitud de afiliación suscrita por el demandante, que evidencia que se suministró toda la información necesaria para decidiera voluntariamente si se trasladaba de régimen.

Que el actor, en su oportunidad legal, no hizo uso del derecho al retracto de su afiliación al fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en el Art. 3 del Decreto 1161 de 1994, y tampoco manifestó su deseo de regresar al RPM, conforme al Art. 1 del Decreto 3800 de 2003.

Que, las normas promulgadas sobre la viabilidad del traslado de régimen, no le imponían a los fondos de pensiones la obligación de brindar la asesoría necesaria en cuanto a la ilustración correspondiente a la favorabilidad respecto del monto de la pensión; situación que no aplica en el caso concreto ya que solo se vino a dar a partir de la Ley 1748 de 2014 y la 2071 de 2015.

Que, en esta clase se procesos, debe darse aplicación a las excepciones propuestas, toda vez que la acción versa no solo sobre la adquisición o negación del derecho pensional como tal, sino que está encaminado a obtener la ineficacia del traslado en el sistema general

de pensiones con el propósito, no de obtener el derecho mismo, sino uno de mayor valor de la mesada pensional.

Que, de persistir la condena, solicita se revoque lo correspondiente a los gastos de administración a cargo de PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que conforme al Decreto 3995 de 2008, frente al traslado de aportes de régimen pensional, no se imponían los mismos, pues al declararse la ineficacia de traslado, todo vuelve a su estado original, razón por la cual los rendimientos generados en favor del actor, deben compensarse con los gastos de administración que se le imponen a PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que siempre se actuó ajustado a la ley y la constitución.

Finalmente solicita se revoque la condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuentas los argumentos expuestos.

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 la **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 3º 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 **MARIO POMBO PENAGOS**, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 23 de octubre de 1986 (pg. 13 del archivo de anexos de demanda); **(ii)** posteriormente, el actor diligenció el formulario de afiliación con la AFP **PORVENIR S.A.**, el 30 de junio de 1995, con efectividad a partir del 1° de julio de 1995 (pgs. 78 y 80 del archivo de anexos de la contestación de demanda), entidad donde se encuentra afiliado en la actualidad; **(iii)** el 29 de agosto de 2019, radicó ante PORVENIR solicitud de nulidad de afiliación y/o traslado de régimen (pg.26 del archivo de anexos de demanda); y, **(iv)** el actor el 5 de septiembre de 2019, elevó ante Colpensiones solicitud de aceptación de trasñado desde PORVENIR S.A. (pg.26 del archivo de anexos de demanda).

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 su 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; y, **VI)** la 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 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.

La 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, obra copia de solicitud de afiliación que da cuenta que, el **1º de julio de 1995**, el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con **PORVENIR S.A.** (pgs. 78 y 80 del archivo de anexos de contestación de demanda), donde 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 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 debió 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 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 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 actor 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 las demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, 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 184 del 28 de mayo de 2021**, proferida por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,,** y en favor del demandante **MARIO POMBO PENAGOS**; 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 MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada