



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	PATRICIA GIL BAYER
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicación	76001310500120180041501
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	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 a la interesada de tomar una opción que claramente le perjudica. Desde la fundación de las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones, éstas tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado (a) elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. La firma en el formulario de solicitud de afiliación a la Administradora de Fondos de pensiones no es suficiente para aseverar que la accionante tomó una decisión libre y voluntaria toda vez que se encontraba ante un vicio del consentimiento al no habérsele otorgado toda la información relacionada con el traslado de regimen pensional ya que que es un documento precario para lograr el cometido pretendido por el Fondo Privado. Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada de traslado del régimen de prima media con <i>prestación</i> definida al de ahorro individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u> Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <u>gastos de administración</u>, 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.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 181

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de diciembre de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio de 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 el recurso de apelación** formulado por la **AFP Porvenir S.A.** contra la **Sentencia No. 134 del 21 de mayo del 2019**, 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 la parte **demandante**, y las demandadas **Colpensiones, Colfondos S.A., 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,

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

SENTENCIA No. 176**Antecedentes**

Patricia Gil Bayer presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías Porvenir S.A.**, y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, 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

La demandante afirmó que nació el 13 de Diciembre de 1963. Que ha realizado aportes al Sistema General de Pensiones desde Agosto de 1983 en Empresas privadas hasta el 30 de noviembre de 1983, y como Servidora Publica en el HUV desde el 16 de enero de 1986 al 1 de mayo de 1994, y en el Municipio de Santiago de Cali a partir del 23 de junio de 1997 hasta la fecha.

Sostuvo que, el 23 de junio de 1997, cuando se estaba posesionando en la oficina de personal del CAM para la vinculación en la Secretaria de Salud Publica Municipal, el Asesor Comercial Martin Pineda Collins, de Colfondos Pensiones y Cesantias, la indujo a firmar la solicitud de vinculación o traslado de Pensiones Obligatorias según, formulario No. 0148468.

Afirmó que, el asesor comercial Martin Pineda Collins, la indujo a un error en el consentimiento para que se trasladara del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones al Fondo Privado Colfondos Pensiones y Cesantias, haciéndole creer que la afiliación se daba porque el Instituto de Seguro

Social (RPM) iba a terminar y si no tomaba la decisión de trasladarse, perdería todas las cotizaciones realizadas al Regimen de Prima Media; que en Colfondos Pensiones y Cesantias S.A. su pensión sería igual o superior a la que le correspondería en el Regimen de Prima Media administrado por el ISS, que se podía pensionar anticipadamente, y que en Colfondos Pensiones y Cesantias se le devolvería parte del capital ahorrado como excedente de libre disponibilidad.

Adujo que, la solicitud de traslado al Fondo Privado de Colfondos Pensiones y Cesantias, fue aceptada y en consecuencia, su empleador Municipio de Cali comenzó a realizar sus aportes obligatorios en pensión a dicho fondo. Sostuvo que, aceptó el traslado del fondo de pensiones ISS, el asesor de Colfondos Pensiones y Cesantias, no fue muy claro en las condiciones del traslado respecto de la pensión, ni mucho menos le hizo un estudio y proyección pensional para identificar los pro y los contra de dicho traslado, es decir incumplieron el deber legal que tenían de proporcionar información veraz y completa respecto de las consecuencias del traslado, especialmente lo relacionado con el monto de su pensión, los argumentos que le fueron presentados por parte del asesor de Colfondos S.A. eran básicamente que le convenia trasladarse al Regimen de Ahorro Individual.

Que, posterior al traslado a Colfondos Pensiones y Cesantias, fue visitada el 22 de julio del 2000, por la asesora comercial Sandra Patricia Ramirez, de Horizonte Pensiones y Cesantias S.A., fue inducida nuevamente, la asesora le ofreció trasladarse de Colfondos Pensiones y Cesantias a Horizonte Pensiones y Cesantias S.A. con promesas de mayor rentabilidad y mesada pensional, solicitud a la que accedió.

Adujo que, en la visita comercial la Asesora Comercial de Horizonte Pensiones y Cesantias, no se le advirtió sobre las consecuencias de seguir afiliada al Regimen de Ahorro Individual (Colfondos – Horizonte) con su nivel de ingresos, tampoco se le informó que su mesada pensional en etapa de retiro se vería perjudicada por continuar cotizando en un Fondo Privado.

Mencionó que, el 26 de Diciembre de 2013, Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., lo absorbió mediante Fusión la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Afirmó que, cumplió 46 años el 13 de Diciembre de 2009 y su última fecha para trasladarse del RAIS, Fondo Privado al RPM ISS hoy Colpensiones fue hasta el 12 de Diciembre de 2010, como lo establece el art. 13 literal e) de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que, hasta el 12 de Diciembre del 2010, el Fondo Privado Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., no le realizó requerimiento alguno tendiente a advertirle, avisarle, asesorarle o informarle sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de seguir cotizando sus aportes en pensión en el RAIS, ni tampoco realizó requerimiento alguno para informarle el monto de la mesada pensional que recibiría en la etapa de retiro a sus 57 años en Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. ni mucho menos le mostraron un comparativo de la mesada pensional que recibiría en el ISS hoy Colpensiones (RPM) con su nivel de ingresos *“como era su deber hacerlo”*.

Afirmó que, mediante solicitud de traslado con radicado No. 2018-5573411, el 16 de mayo del 2018, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones traslado para regresar al RPM y mediante respuesta al radicado le informaron que *“no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito para pensionarse”*.

Sostuvo que, la proyección realizada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 29 de mayo de 2018, le realizó por primera vez la simulación pensional, lo que arrojó como resultado que al momento de alcanzar la edad de 57 años, tendría en el Fondo Privado una pensión de \$781.242 con tasa de reemplazo del 34.60% de promedio de ingresos de su IBL.

Mencionó que, estuvo mal informada desde el momento de su afiliación inicial a Colfondos Pensiones y Cesantías y luego se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hasta el 29 de Mayo de 2018, fecha en la que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. le realizó por primera vez una proyección de la mesada pensional, lo que desdibujó por completo la convicción errada que tenía de que se encontraba en el mejor escenario para pensionarse.

Manifestó que, la proyección realizada por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. es muy distante de lo que obtendría de haber continuado afiliada en el Regimen de Prima Media Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, ya que en el peor de los escenarios saldría pensionada con el promedio de los últimos diez años cotizados, como lo establece la Ley 797 del 2003, que arrojaría como resultado un IBL para junio 18 de 2018 de \$2.363.196 con una tasa de reemplazo del 63.99% es decir, que si no se hubiera trasladado al RAIS fondo Privado Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., o si se hubiese regresado antes del cumplimiento de sus 47 años recibiría en el ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones una mesada pensional mucho mejor de lo ofrecido por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sin tener en cuenta que aun continua cotizando, lo que incrementaría el IBL y la tasa de reemplazo estipulada en el RPM.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones toda vez que, la nulidad de la afiliación; tiene plena validez, debido a que no se configuro vicio en el consentimiento, puesto que, la señora Patricia Gil Bayer de forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios, (error, fuerza o dolo), suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber signado el documento de forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido

cuestionada, a pesar de que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente. Propuso como excepciones de fondo: **Prescripción; Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; Buena fe; Prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo; y Enriquecimiento sin causa.**

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, ya que para la época en la que la demandante se trasladó de régimen pensional; Colpensiones no había entrado en operación, y en todo caso, de la documental que se adjunta se evidencia que el antiguo ISS nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la actora respecto del traslado de régimen al fondo privado. Propuso como excepciones de Merito: **Inexistencia de la obligación; Prescripción; Buena fe; Imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido.**

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Se opuso a todas las pretensiones incoadas por la actora, manifestando que, la nulidad de afiliación que realizó la demandante a la administradora Porvenir S.A., ya que es un acto que nació a la vida jurídica con todos los efectos que ello implique, fue su voluntad realizar el traslado Horizontal de la AFP Colfondos a Porvenir S.A. y a la primera se trasladó válidamente haciendo uso de su libre escogencia siendo debidamente informada de las características de cada régimen. En su defensa, propuso las excepciones de fondo denominadas: **Inexistencia de la obligación; Falta de legitimación en la causa por pasiva; Buena fe; Ausencia de vicios del consentimiento; Validez de la afiliación al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad; Compensación y pago; Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la Sentencia **134 del 21 de mayo del 2019**; declarando no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; declaró la nulidad del traslado del Regimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantias, y de ésta a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Porvenir S.A., traslados realizados por la señora **Patricia Gil Bayer**; en consencuencia, la demandante Patricia Gil Bayer deberá ser admitida nuevamente en el Regimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el art. 1746 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantias en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V. a cada una.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión impugnó el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**

Adujo que, cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables frente al otro por ello el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de escoger sobre las restricciones sobre las cuales se pronunció la Corte Constitucional sin que puedan invalidar a través de la Jurisprudencia asumiendo en forma equivocada que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico imponiendo retroactivamente a la Administradora de Fondos de Pensiones requisitos o tramites que la norma no contemplaba para la época de la afiliación.

Igualmente, mencionó que, no se acreditó dentro del expediente o se denunció hecho alguno para que la demandante demostrara que fue presionada o engañada al momento de suscribir tales solicitudes para concluir que su consentimiento estuviera viciado de error de hecho, fuerza o dolo.

Afirmó que, con respecto a las asesorías pensionales en el año 1997 y 2000 en la actualidad se hacen de forma verbal y de acuerdo con el art. 11 del Decreto 692 de 1994, las circulares de la Superintendencia Financiera 034 y 037 de 1994 y el Decreto 1642 del 1995 son normas que aun conservan vigencia y efectividad en el ordenamiento jurídico, razón por la cual en el sistema pensional para que refute válida es suficiente la firma del formulario de afiliación y conforme a la documental que se allegaron a las contestaciones de la demanda se evidenció que la demandante diligenció formulario de afiliación donde claramente dejó plasmado su voluntad libre y espontánea. Sostuvo que, de la lectura del mencionado documento se puede inferir que una persona con simplemente que sepa leer y sin estudios especializados puedan entender que conocía o era consiente del contenido del acto que estaba celebrando mediante formulario de afiliación y no debe entenderse que ha sido engañado.

Adujo que, la demandante se trasladó entre dos AFP's del RAIS, por lo tanto, no se puede endilgar una responsabilidad a las administradoras aduciendo que fue engañada dos veces, lo cual no tiene un sustento jurídico ni legal pertinente.

Arguyó, con respecto a las proyecciones pensionales, que se realizaron en el año 1997, y en el año 2000, que, la demandante tenía un IBC diferente o inclusive un núcleo familiar diferente por lo tanto a las administradoras de fondos de pensiones es imposible proyectar esos factores que son relevantes para determinar una proyección en el RAIS hacia el futuro que la finalidad del Sistema de Seguridad Social no se encuentra en garantizar el equilibrio con el aporte, y con la prestación pues la finalidad del sistema es también

garantizar el acceso ante ciertas contingencias, que, para las administradoras de fondos de pensiones es imposible proyectar esos factores que son relevantes para determinar las pensiones en el RAIS hacia el futuro.

Manifestó que, las finalidades del Sistema General de Seguridad Social no se encuentran en garantizar el equilibrio con el aporte, con la prestación, pues la finalidad del sistema es también garantizar el acceso ante ciertas contingencias entre ellas la vejez.

Por otro lado, mencionó que, la prescripción no es solo sobre el derecho pensional sino sobre la acción contractual que es la oportunidad jurídica para aportar a este tipo de procesos y eso va de la mano con el principio de la seguridad jurídica y tratándose de la tesis de la prescripción se basa en que el traslado es un acto jurídico por cuanto es la manifestación de la voluntad de la demandante con la cual se produce efectos jurídicos, razón por la cual conforme a lo cual el art. 1742 y 1750 del C.C., tal acción está sujeta a la prescripción.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de **Porvenir S.A.**, respecto de la sentencia proferida por la 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 fungue 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)** la actora se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 2 de mayo de 1994 (fl. 44); **II)** posteriormente, la actora diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Colfondos S.A** el 19 de junio de 1997, siendo efectiva su afiliación el 1 de agosto de 1997 (fls. 207 y 208); **III)** A su vez, la actora diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Horizonte S.A.**, el 22 de septiembre del 2000, siendo efectiva su afiliación el 1 de noviembre del 2000 (fl. 123), a su vez, se resalta que, entre las AFP'S Porvenir S.A. y Horizonte S.A. existió una cesión por fusión, en ese orden, la actora quedó trasladada automáticamente a la AFP Porvenir S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente; **IV)** finalmente, la actora el 16 de mayo del 2018 a través de documento con radicado No. 2018-5573411 solicitó el traslado de régimen pensional del RAIS al RPMPD ante Colpensiones y la entidad a través de Resolución No. 2018_5573411-14798188 respondió negando la solicitud.

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en: **I)** determinar si el traslado de régimen de la demandante es invalido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse; **II)** igualmente analizar si resulta procedente la prescripción en procesos de ineficacia del traslado; **III)** analizar si la firma del formulario de afiliación es prueba suficiente para no declarar la ineficacia del traslado del Régimen Pensional; **IV)** la ineficacia del traslado toda vez que al momento de la afiliación no se contemplaban los requisitos que son requeridos en la actualidad; **V)** analizar si el hecho de que la actora se haya afiliado a dos

administradoras al interior del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hace que resulte improcedente la ineficacia del traslado; **VI)** declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad toda vez que en palabras del apoderado de Porvenir S.A. la actora *“diligenció formulario de afiliación donde claramente dejó plasmada su voluntad libre y espontanea”*; **VII)** estudiar si el hecho de que las proyecciones pensionales que se le realizaron a la demandante en el año 1997 y 2000 tenían un IBC diferente debido a que tenían un núcleo familiar distinto es argumento suficiente para declarar la ineficacia del traslado; **VIII)** analizar si el hecho de que el consentimiento de la actora no estuvo viciado de error, fuerza o dolo, es argumento suficiente para no declarar la ineficacia del traslado.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

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

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

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el

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

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

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

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

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

alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

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

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

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor² o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, y como ya se advirtió, obra copia de la solicitud de vinculación del **19 de junio de 1997** que da cuenta que la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Colfondos S.A** (fl. 207)., evento que tuvo lugar a partir del **1 de agosto de 1997**. (fl. 208)

Posteriormente, la accionante se afilió a la AFP Horizonte S.A. como traslado entre AFP'S. tal y como se visualiza a través del historial de vinculaciones con fecha de afiliación 22 de septiembre del 2000 (fl. 123), a su vez, entre las AFP'S Porvenir S.A. y Horizonte S.A. existió una cesión por fusión, en ese orden, la actora quedó trasladada automáticamente a la AFP Porvenir S.A. fondo al que se encuentra afiliada en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen, las entidades Administradoras de Pensiones **Horizonte** hoy **Porvenir S.A. y Colfondos S.A.** hayan 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 las entidades de Seguridad Social demandadas le hayan 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 pretenden los fondos demandados, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de las solicitudes 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 los fondos privados, 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 las AFP's debieron 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 a la persona 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.**

En lo concerniente a **I)** la procedencia de la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; **II)** la no procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que no se acreditó que el consentimiento de la actora estuviera viciado de error de hecho, fuerza o dolo; **III)** el hecho de que la actora se haya afiliado a dos administradoras al interior del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hace que resulte improcedente la ineficacia del traslado, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos en las consideraciones anteriores.

En atención al recurso de apelación interpuesto en lo relacionado a que la norma no contemplaba los requisitos o tramites para la época de la afiliación de la actora, desde su fundación, las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera a la persona afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, por consiguiente la Sala reitera que la carga de la prueba recae en la administradora de fondo de pensiones, y en el plenario no obra prueba que permita concluir que la entidad haya suministrado a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

La Sala procede **a aclarar que la firma en el formato de solicitud de afiliación a la Administradora de Fondos de pensiones** no es suficiente para aseverar que la accionante tomó una verdadera decisión libre y voluntaria toda vez

que se encontraba ante un vicio del consentimiento al no habersele otorgado toda la información relacionada con el traslado de regimen pensional ya que que es un documento precario para lograr el cometido pretendido por el Fondo Privado.

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 hubiere 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 estas, los bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**.

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

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes, los cuales se despacharan negativamente en las respuestas dadas por la Sala a cada uno de los

puntos de apelación, así como a la demandante, a quien se confirmará la decisión.

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 apleación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de **Porvenir S.A.**, en favor de la demandante, por no haber salido avante su recurso de apelación, incluyendo en ellas la suma de dos (2) MILLONES DE PESOS como agencias en derecho.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia 134 del 21 de mayo del 2019** proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y en favor de la demandante; líquidense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de DOS (2) MILLONES DE PESOS.

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.

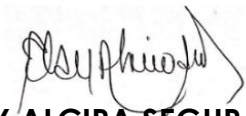
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada