



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

Proceso:	<b>Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia</b>
Demandante	<b>DIANA RIVERA YEPES</b>
Demandados	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
Radicación	<b>760013105018202000061 01</b>
Tema	<b>Ineficacia del Traslado de Régimen</b>
Sub Temas	<p><b>Deber de información:</b> En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Respecto al traslado de los <b>aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, sumas adicionales, porcentaje destinado al fondo de garantía mínima</b>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. Clara Cecilia Dueñas.</p> <p><b><u>Prescripción de la nulidad de traslado de régimen:</u></b> El traslado de régimen se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y por consiguiente al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, resulta imprescriptible.</p> <p><b>Procede la condena en costas</b> a Colpensiones en segunda instancia, y en Primera Instancia en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejerció oposición y fue 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 15<sup>1</sup>** expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, 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 **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, contra la **Sentencia No. 252 del 3 de noviembre de 2.020**, proferida por el **Juzgado Dieciocho 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 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. 318**

### **Antecedentes**

---

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

**DIANA RIVERA YEPES** presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare la **nulidad o ineficacia** de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

### **Demanda y Contestación**

En resumen, de los hechos, la demandante señaló que, nació el 21 de julio de 1.953.

Que, al 1 de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993 contaba con más de 35 años de edad, lo cual significa que era merecedora de las prerrogativas establecidas en el régimen de transición.

Que, inicialmente estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el extinto Instituto de Seguros Sociales que hoy administra Colpensiones.

Que, suscribió en abril de 1.997 un formulario de vinculación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que implicó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la pérdida de los beneficios del Regimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, lo cual, se debió a una insuficiente y mala asesoría por parte del promotor de ventas o asesor comercial de dicho fondo de pensiones.

Que, el promotor de ventas o asesor comercial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no le explicó de manera clara y detallada los pros y los contras o las ventajas y

desventajas de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, principalmente lo que tenía que ver con la pérdida de los beneficios del Regimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, pues aquel se dedicó solamente a venderle sueños de un mejor futuro para su vejez, con lo cual la indujo al error.

Que, el monto de la mesada pensional que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aplicando el Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, lo dispuesto en los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1.990, tomando el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos diez años y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, asciende a la suma de \$4.938.655 guarismo superior a todos los que ofrece Porvenir S.A., y que, prueba de manera contundente el grave perjuicio económico que sufrió cuando tomó la decisión poco analizada y mal asesorada de trasladarse de régimen pensional.

Manifestó que, el 7 de enero de 2.020, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reclamación administrativa tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la entidad mediante comunicación del 7 de enero de 2.020 con rad. 2020\_133588, no accedió a lo solicitado, por cuanto, *"...solamente se podría proceder a la anulación del traslado de régimen pensional cuando se compruebe que se cometió falsedad en el formulario de afiliación o cuando el empleador lo hubiere afiliado sin su consentimiento..."*.

Que, radicó el 7 de enero de 2.020, ante la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., reclamación administrativa tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación y la entidad mediante comunicación con rad. 0103802047549900 le negó la petición argumentando que ella se afilió a la entidad de manera libre voluntaria y sin presiones.

**La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que, Colpensiones no es la entidad competente para declarar la nulidad de afiliación y traslado de aportes del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Regimen de Ahorro Individual, debido a que, no se ha probado ni declarado un vicio en el consentimiento a la demandante en el momento en que decidió cambiar de Regimen Pensional y afiliarse al RAIS. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Inexistencia de la obligación y carencia del derecho; Cobro de lo no debido; Prescripción; La innominada; Buena fe; Compensación y Genérica.**

**La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, debido a que, no se demostró la causal de ineficacia y/o nulidad que invalide la afiliación voluntaria de la demandante en el R.A.I.S. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.**

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

El **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 252 del 3 de noviembre de 2.020**; declarando no probadas las excepciones de mérito formuladas por Porvenir S.A. y Colpensiones; declarando la ineficacia del traslado que la señora Diana Rivera Yepes, de condiciones civiles conocidas en el proceso suscribió desde el Regimen de Prima Media con Prestación Definida administrar por el extinto ISS hoy Colpensiones, al Regimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A.; condenando a Porvenir S.A., para que una vez ejecutoriada la sentencia traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Diana Rivera Yepes, tales como cotizaciones, porcentaje con destino al fondo de garantía de

pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1.993, ésta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio; condenando a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones acepte el traslado de la señora Diana Rivera Yepes sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez ordenado el traslado ordenado en el numeral tercero de la providencia, deberá actualizar la historia laboral de la señora Diana Rivera Yepes, dentro de los dos meses siguientes; condenando en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, como parte vencida en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP, en concordancia con el Acuerdo PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2.016. se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 S.M.L.M.V. a cargo de cada una de las entidades.

### **Recursos de Apelación**

Inconformes con la decisión, impugnaron las partes demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

**Colpensiones**, interpuso recurso de apelación respecto del numeral referente a la condena en costas, en efecto, afirmó que, en aras de amparar el derecho de la entidad, solicitó, que no se le condene en costas, toda vez que, no participó en el traslado de régimen de la demandante y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la entidad.

Manifestó, que la entidad contestó a la parte demandante de forma oportuna la negativa de la afiliación que se solicitó en su momento ante la entidad, toda vez que, Colpensiones basó la respuesta que es improcedente el traslado de régimen en virtud del artículo 2 literal e de la

Ley 797 de 2.003, debido a que, la parte demandante presentó su petición fuera del término legal establecido y además ratificó su afiliación al Regimen de Ahorro Individual con el Formulario de afiliación donde expresamente determina y acepta vincularse al fondo privado, por lo anteriormente expuesto, solicitó que se revoque la Sentencia en tal numeral.

Esgrimió, que Colpensiones no es la entidad competente para declarar la nulidad de la afiliación, debido a que, no se ha probado ni declarado vicio en el consentimiento de la parte demandante en el momento en que decidió cambiarse de régimen pensional y afiliarse a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Precisó, que si bien es cierto Colpensiones fue llamada al proceso para que reciba los dineros resultantes de la nulidad del traslado no es la entidad responsable en los actos generadores de la presente acción y que las mismas se deben imponer únicamente en contra del fondo de pensiones en este caso sería en contra del RAIS, de tal forma que, lo que sigue es absolver a la entidad de las costas y agencias en derecho.

Posteriormente, trajo a colación la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala de Decisión Laboral bajo radicado 2015-127 y la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral bajo radicado 2014-450, en donde se concluyó que es procedente la revocatoria de la condena impuesta a Colpensiones.

Finalizó, reiterando la petición de absolver a la entidad de las costas y agencias en derecho.

**Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia proferida, en la medida en que, a juicio de la entidad, no existía razón para que se hubiese declarado o decretado la ineficacia de la afiliación realizada por parte de la demandante con la entidad Porvenir S.A.

Precisó que, en primer lugar la afiliación de Diana Rivera Yepes data del año 1.997 y para la época, la entidad cumplió con el deber de información que le asistía en el momento en que se dio esa afiliación haciendo un importante hincapié en el hecho en que el deber de información no tenía el mismo desarrollo Jurisprudencial y normativo en esta época como el que se tiene actualmente, sin desconocer que Porvenir S.A. tenía una obligación de carácter profesional de proporcionar información clara, completa y suficiente.

Igualmente, se dejó claro que para la época no había obligación de la entidad de haber realizado ningún tipo de proyección pensional, de haber desincentivado la afiliación de haber proporcionado una doble asesoría ni de haberle indicado a los afiliados cuanto capital debían tener para alcanzar a obtener una u otra mesada, debido a que, aquellas obligaciones quienes no estaban en vigor cuando se dio el traslado de la demandante.

Resaltó que, Diana Rivera Yepes era completamente capaz, en el momento en que realizó la afiliación primigenia al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo tanto, también se presume la validez, del formulario de afiliación que se realizó, además, solicito que, se le dé el valor probatorio al formulario de afiliación en la medida en que, es la ratificación de la voluntad de la demandante de pertenecer al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un documento completamente valido aprobado por la Superintendencia Bancaria que cumple con todos los requisitos y además no fue tachado de falso dentro del proceso y fue suscrito por personas legalmente capaz para obligarse con esa decisión.

Adujo que, a su juicio no existe soporte de carácter Legal, dentro de la sentencia que se está apelando para la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, debido a que, de la lectura de los artículos 271 y 292 de la Ley 100 de 1.993, en concordancia con el artículo 13 del compendio normativo, no se puede extraer que, en primer lugar, se pueda declarar

una ineficacia por una supuesta ausencia de información, pues, el artículo 271 es evidentemente sancionatorio frente a las conductas positivas y no omisivas de quien atente contra la potestad de afiliación al sistema de salud o al sistema de pensiones por parte de los trabajadores pero nada dice sobre cuáles son las cargas de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones ni tampoco dice cuál es la consecuencia jurídica del incumplimiento de las cargas de información, por lo tanto, se trata de una hermenéutica equivocada y eminentemente proteccionista que no se desprende del tenor literal de esos artículos, por lo tanto, se quedó sin un sustento de carácter legal la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Afirmó que, se está declarando la ineficacia y como se manifestó en la Sentencia, significa que no nació a la vida jurídica la afiliación realizada por la demandante, deberá entenderse que Porvenir nunca recibió los aportes de ellos y por lo tanto, al no recibirlos éstos nunca fueron a una cuenta de ahorro individual y nunca fueron gestionados por la entidad, entonces nunca se generaron los rendimientos que tienen en su cuenta de ahorro individual con solidaridad, pues de haber, permanecido siempre en Cajanal, los aportes no hubiesen ido a una cuenta de ahorro individual y no se habrían invertido sino que estarían en una cuenta común de Colpensiones, con unos rendimientos completamente distintos a los que se generan en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que es un régimen de capitalización.

Precisó que, en principio, ni siquiera se entiende la obligación que tiene la entidad de trasladar los rendimientos, por tanto, los mismos no se hubiesen generado teniendo en cuenta que la declaratoria de ineficacia busca entender que la afiliación nunca nació a la vida jurídica.

Manifestó que, si la Sala considera que es procedente la devolución de los rendimientos, los gastos de administración, las primas adicionales de la aseguradora y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros, fueron dineros descontados de manera legal, debido

a que, la afiliación era completamente válida y que, además se utilizaban frente a los gastos de administración para generar estos rendimientos que se están ordenando ser trasladados, tales gastos de administración le permitieron tener la infraestructura para tener los recursos de los demandantes y generarle muy buenos rendimientos, por el lado de, las sumas adicionales de la aseguradora, estos fueron dineros que se le descontaron a la afiliada para amparar las contingencias de invalidez y muerte.

Afirmó que, la señora Diana Rivera Yepes, desde en el mes de abril del año 1.997, ha estado amparada en caso de aquellos siniestros que hubieren llegado a ocurrir por parte de una aseguradora que estaba administrando los riesgos, dineros que se causaron y cumplieron el propósito, dineros que ya están descontados y que no están en poder de la entidad, por lo que, no pueden ser devueltos.

Resaltó que, dentro de la Sentencia se hizo hincapié o se aclaró que los procesos no se deben analizar bajo las nulidades simples o las nulidades contempladas en el Código Civil sino a la luz de la figura de la ineficacia, sin embargo, de acuerdo con la sentencia apelada se puede observar que el numeral tercero se hace alusión al artículo 1746 del C.C., que es un artículo que regula la figura de las nulidades y no las ineficacias, por lo tanto, no se entiende porque se utiliza ese soporte como sustento para devolver los rendimientos, en la medida en que, no se está ante la figura de la nulidad sino de la ineficacia de la afiliación y por lo tanto no hay congruencia entre la utilización del postulado normativo.

Finalmente, sostuvo que, se debe haber declarado probada la excepción de prescripción, toda vez que, no está en juego el derecho a la seguridad social de la afiliada, sino las características con las que van a adquirir la prestación en otro régimen y se está hablando de una prescripción que se dio hace más de 23 años.

Por lo tanto, solicitó que se revoque la Sentencia, y de confirmarse la Sentencia, instó que se revoque la sentencia en cuanto al traslado de los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros, y se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas.

### **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 No. 252 del 3 de noviembre de 2.020**, proferida por la jueza de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del CPTSS, se asume el conocimiento del asunto de referencia en el **grado 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 como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, V. gr. Sentencia STL-7382 – 2015 (40200), M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS<sup>2</sup>.

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 demandante Diana Rivera Yepes**, se afilió a **Cajanal**, posteriormente **Colpensiones**, el 23 de septiembre de 1.980, y luego, se trasladó de régimen pensional a **Porvenir S.A.**, suscribiendo el formulario de afiliación el 1 de abril de 1.997,

---

<sup>2</sup> “La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el art. 69 del C.P.T. y S.S. para proteger el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado debe responder.”.

siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de junio de 1.997, (S.F. expediente digital, cuaderno del juzgado, 05 contestación demanda Porvenir S.A.); **(ii)** la **demandante**, el 7 de enero de 2.020, solicitó ante la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** la ineficacia del traslado de régimen pensional y, la entidad, a través de Resolución BZ2020\_186604-0036798 del 7 de enero de 2.020, negó la petición. (fls. 41 al 48 expediente digital, 01 expediente 01820200006100); y, **(iii)** la **demandante**, el 7 de enero de 2.020, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y la entidad, a través de documento radicado 0103802047549900 sin fecha, negó la solicitud realizada. (fls. 49 al 56 expediente digital, 01 expediente 01820200006100)

### **Problemas Jurídicos**

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: **(i)** si el traslado de régimen de la demandante es inválido 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. Y en atención a los recursos de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: **(a)** la entidad Porvenir S.A., cumplió con el deber de información que le asistía en el momento en que la demandante se trasladó a la entidad; **(b)** la demandante era completamente capaz al momento de la afiliación; **(c)** la demandante diligenció el formulario de afiliación en un documento válido aprobado por la Superintendencia Bancaria; **(d)** la norma no contemplaba los requisitos o trámites normativos y Jurisprudenciales que se exigen en la actualidad; **(iii)** declarar la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; **(iv)** ordenar el traslado de rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS al RPM; y, **(v)** la condena en costas a Colpensiones.

## **Análisis del Caso**

### **Ineficacia del Traslado**

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto 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, 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 2.011 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 la solicitud de vinculación del 1 de abril de 1.997, que da cuenta que la **demandante** fue trasladada del RPM al RAIS con la **AFP Porvenir S.A.** (S.F. expediente digital, cuaderno del juzgado, 05 contestación demanda Porvenir S.A.). El documento fue suscrito por el demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Diana Rivera Yepes** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

No se denota que la entidad de Seguridad Social le haya suministrado a la demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que 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.

Tampoco se denota una constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito la AFP debió dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando 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 del 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 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.

Considera ésta 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 de la demandante, por lo tanto, se debe trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, éstos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estos, **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 de la demandante en el RAIS, sino a la administración que en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor de la actora.

Finalmente, en las sentencia citadas como precedente de nuestra Alta Corte, también se explaya sobre el fenómeno jurídico de la inversión en la carga de la prueba, o mejor, el principio de la carga dinámica de la prueba, que obliga al Fondo Privado demandado, a demostrar que actuó ciñéndose al postulado de la debida información, lo cual no ocurrió en este caso pues, como prueba, solo se aportó el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte, último del cual no logró obtener la confesión sobre este tópico.

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 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.

### **Costas**

Respecto de las costas, señala el numeral 1° del artículo 365 del CGP, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, como ocurrió en el caso *sub examine*, **Colpensiones** ejerció oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fue derrotada en juicio, de tal suerte que debe asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas, en ese orden se confirmará en lo relacionado a la condena en costas a Colpensiones.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, y a favor de la demandante **DIANA RIVERA YEPES**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una de las entidades.

### **Decisión**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la **Sentencia No. 252 del 3 de noviembre de 2.020**, proferida por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali**, por las

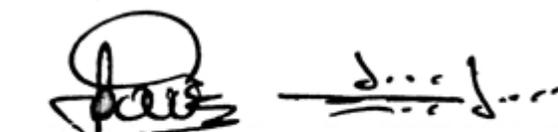
razones aquí expuestas.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y en favor de la 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 de las entidades.

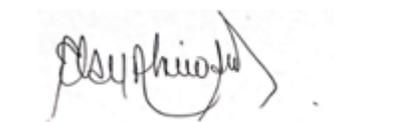
**TERCERO:** Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

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