



República de Colombia

**Tribunal Superior de Cali**

Sala Laboral

Proceso	<b>Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia</b>
Demandante	<b>ALEJANDRO CHAVARRO GAITAN</b>
Demandados	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.</b>
Radicación	<b>760013105005201900542 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>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>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 deben reintegrar las AFPS Porvenir S.A. y Protección 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>Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, sumas adicionales, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al <b>RAIS</b>, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias <b>SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P</b>. CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p>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 <b>imprescriptible</b>, junto con los derechos que se deriven de la declaratoria.</p>

En Santiago de Cali, a los veintidós (22) días del mes de abril de 2022, 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, PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021 y PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.** y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de **Colpensiones**, respecto de la **Sentencia No. 193 del 19 de julio de 2021**, proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**.

### **Alegatos de Conclusión**

Fueron presentados por la parte demandante, y las **demandadas Colpensiones, Protección 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,

### **SENTENCIA No. 133**

### **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.

**ALEJANDRO CHAVARRO GAITAN**, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES** y las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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, el demandante señaló que, nació el 18 de julio de 1961, que, se afilió y cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 29 de junio de 1991 hasta el 1 de marzo de 1997.

Que, se trasladó a la AFP Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A., desde el 9 de octubre de 1997 hasta el 30 de abril del año 2000.

Indicó que, se trasladó a la AFP Colpatria S.A. hoy AFP Porvenir S.A., desde el 2 de marzo del año 2000, en donde actualmente se encuentra cotizando a la AFP Porvenir S.A., desde el 1 de mayo del año 2000.

Que, las administradoras de fondos de pensiones y cesantías referidas, al momento de la afiliación no le suministraron una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que, el 20 de junio de 2019, elevó ante la AFP Protección S.A., solicitud de nulidad del traslado de régimen pensional y derechos accesorios y la entidad mediante comunicado del 25 de julio de 2019, le negó la petición argumentando que la afiliación se presume legal y que la misma solo podría desvirtuarse por autoridad competente.

Que, el 29 de mayo de 2019, elevó ante la AFP Porvenir S.A., solicitud de nulidad del traslado del régimen pensional y derechos accesorios y la entidad mediante comunicado del 10 de junio de 2019, le negó la

petición aduciendo que, la afiliación se realizó de manera voluntaria, libre y sin presiones.

Que, el 20 de junio de 2019, elevó ante Colpensiones, solicitud de nulidad del traslado efectuado desde el Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones hacía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección S.A. antes AFP Colmena S.A. y la entidad mediante documento del 25 de junio de 2019, negó la petición, indicando que, el traslado se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones presentadas en contra de la entidad, por cuanto, no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar a la demandante toda la información que éste requería para que tomara una decisión referente al traslado entre administradoras de manera informada. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez de la afiliación Protección S.A.; Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP'S realizado por el demandante; Buena fe; Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe; Prescripción; Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos Constitucionales, legales y Jurisprudenciales para trasladarse de régimen; Inexistencia de engaño y de expectativa legítima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Ratificación de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; Compensación y la Innominada o Genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones indicando que, no hay lugar a acceder a las pretensiones por cuanto, no se demostró causal de nulidad que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el RAIS. En su defensa propuso las excepciones de mérito 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 Quinto Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 193 del 19 de julio de 2021**; declarando la ineficacia del traslado realizado por Alejandro Chavarro Gaitán del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado inicialmente por Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente, a Horizonte hoy AFP Porvenir S.A.; ordenando a la AFP Porvenir S.A., traslade al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones EICE, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de Alejandro Chavarro Gaitán al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de las pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración; ordenando a Colpensiones EICE que acepte el traslado de Alejandro Chavarro Gaitán al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS; condenando en costas a la AFP Protección S.A., y AFP Porvenir S.A. fijando la suma de 2 SMLMV como agencias en derecho a favor del demandante, absolviendo de este rubro a Colpensiones.

### **Recursos de Apelación**

Inconformes con la decisión, **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, presentaron recurso de apelación.

**Colpensiones**, manifestó que, el demandante se encontraba válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual por decisión propia como lo demuestra la firma en el formulario de afiliación con los fondos de pensiones demandados sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en los fondos privados referenciados razón por la cual es el fondo privado de pensiones actual el que debe resolver la situación pensional.

Que, en la Ley 797 de 2003 artículo dos, que modificó la Ley 100 de 1993, artículo trece y, la Sentencia C – 1024 de 2004, que tratan sobre el tiempo en que deben realizarse los traslados de régimen y cuando no se pierde el beneficio de régimen de transición y otorga la posibilidad de volver al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, por lo tanto, el demandante no cuenta con la posibilidad de trasladarse, citó el artículo 13 literal E de la Ley 797 de 2003, haciendo énfasis que, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Aunado a lo anterior, precisó que, en desarrollo de los fines esenciales del estado colombiano y las instituciones que lo conforman deben propender la salvaguarda de los valores y principios constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley, los convenios internacionales suscritos, en sustento de lo referido citó la Sentencia T - 489 de 2010 destacando respecto del principio de la sostenibilidad financiera.

**Porvenir S.A.**, solicitó que, se revoque la sentencia, se declaren probadas las excepciones propuestas, se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Además, pretendió que, se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se revoquen todas y cada una de las condenas en contra de la entidad aduciendo que, la afiliación si cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado, por tanto, tan solo a partir del 1 de julio de 2010 se considera obligatorio para las AFP privadas informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión.

Manifestó que, la decisión del demandante fue de forma consciente y espontanea sin ningún tipo de presión o coacción teniendo en cuenta que, recibió información verbal, suscribió formulario que, cumplía con todos los requisitos de las Superintendencias, así como lo establecido en el Decreto 1192 de 1994.

Resaltó que, el demandante con la firma y diligenciamiento del formato se considera como una manifestación inequívoca a la realidad, de igual forma resaltó que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentra prescritas en atención a lo establecido en los artículos 1750 del C.C. y 151 del CPTSS así como al artículo 488 del CST posición que, ha sido reiterada por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia así como en Sentencia No. 22125 del año 2014 y al respecto resaltó que, no se encuentra ante la presencia de un derecho pensional, puesto que, una cosa es la consolidación del derecho, el cual, puede efectuarse en aquellos que se encuentren afiliados los demandantes y otra muy distinta es la ineficacia del acto el cual define bajo cual régimen dicho derecho se ejercerá.

Frente a la condena de trasladar todos los valores que existían en la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los gastos de administración, cotizaciones y bonos pensionales indicó que, sin que signifique una manifestación en contra de los intereses de la entidad la condena no es procedente teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1746 del C.C. del cual se permite afirmar que, las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud del pronunciamiento de ineficacia en sentencias judiciales no hay lugar a devolver los deterioros que se causen producto del acto jurídico en consecuencia si se declara la ineficacia aplicando el artículo 1746 del C.C. no hay lugar a que se ordene a la entidad a devolver los ahorros de la cuenta de ahorro individual incluyendo los gastos de administración y cuotas de administración porque los gastos se deben entender como las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

Respecto a la devolución del bono pensional a Colpensiones, manifestó que se debe devolver a quien lo expidió esto es al Ministerio y en lo que respecta a la condena de devolver sumas adicionales de la aseguradora trajo a colación Jurisprudencia del año 2020 particularmente la Sentencia 251 M.P. Antonio José Valencia Manzano de la cual se desprende que tales sumas únicamente operan cuando existe como tal el siniestro es decir cuando el seguro se materializa y esto es cuando se pensiona la persona por invalidez o sobreviviente lo cual no sucede en este caso.

**Protección S.A.**, solicitó que se desestime la sentencia proferida por el juzgado y se le absuelva.

Además, petición que, se tenga en cuenta que, la afiliación efectuada por el demandante al fondo gozó de plena validez, por tanto, el demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria a la entidad, descartando toda coacción tal y como se demostró diligenciando el formulario de afiliación.

Indicó que, a la fecha en que el demandante se trasladó de régimen pensional si bien existió el deber de asesoría por parte de los fondos de pensiones solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, resultó claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición de los afiliados las herramientas financieras que, le permitiera conocer las consecuencias del traslado por lo que, en vigencia del ISS los traslados realizados por fuera de la vigencia de las disposiciones la asesoría brindada podía contener el saldo correspondiente a favorabilidad en cuanto al monto de la pensión quiere decir que, el demandante mantuvo vigente su afiliación al régimen y jamás manifestó regresar a Colpensiones como es ahora su intención teniéndose en cuenta que se encuentra a menos de 10 años de adquirir su pensión.

Que, la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que, ha realizado cada demandante al Sistema General de Pensiones, las AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento que, se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y que opera tanto para el Régimen de ahorro Individual como para el régimen de Prima Media durante todo el tiempo en que el demandante ha estado afiliado al fondo de pensiones obligatorio administrado por la entidad.

Que, se ha administrado ese dinero de la manera en que ha sido depositado en la cuenta de ahorro individual y la gestión se ha realizado

con la mayor diligencia y cuidado pues, la entidad es experta en la inversión de propiedad de sus afiliados y adicionalmente la gestión de administración se evidencia buenos rendimientos financieros, así que, no es procedente que se ordene la devolución de lo que la entidad descontó por comisión de administración, por tanto, se trata de comisiones causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuento realizados conforme a la Ley y contraprestación a una buena gestión de administración.

Afirmó que, si la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca Protección S.A. debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de los rendimientos que produjo la cuenta que se causaron y tampoco debió cobrar una comisión por administración sin embargo en el artículo 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras con base en eso debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia o una nulidad de la afiliación y se haga que la afiliación nunca existió, no se puede desconocer que, el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y por eso es que el afiliado tiene rendimientos en su cuenta.

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión, resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, respecto de la sentencia proferida en 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**, debido a 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. 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)** El **demandante, Alejandro Chavarro Gaitán**, se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **Colmena**, el 9 de octubre de 1997, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de diciembre de 1997 (pág. 195 digital, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente); **(ii)** luego, el **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **Colpatría**, el 2 de marzo del año 2000, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de mayo del año 2000 (pág. 224 digital, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente); **(iii)** con posterioridad, entre las **AFPS Colpatría** y **Horizonte** existió una cesión por fusión, situación que se presentó con posterioridad entre las administradoras Horizonte y Porvenir S.A., quedando la demandante trasladada a la última administradora referida. (pág. 93 digital, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente); **(iv)** el **demandante**, el 20 de junio de 2019, solicitó la nulidad de traslado de régimen pensional ante **Protección S.A.** y la entidad a través de comunicado CAS-4598209-Y7H1V5 del 25 de julio de 2019, negó la petición. (págs. 76 77, 80 a 82 digitales, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente); **(v)** el **demandante**, el 29 de mayo de 2019, solicitó la nulidad de traslado de régimen pensional ante **Porvenir S.A.**, y la entidad, a través de comunicado con No. radicado 0103802046194100 del 10 de junio de 2019, negó la petición. (págs. 85, 86 y 90 a 93 digitales, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente); y, **(vi)** que el 20 de junio de 2019, presentó solicitud de traslado de régimen pensional y la entidad mediante Resolución BZ2019\_8422926-1799339 del 25 de junio de 2019, negó la pretensión.

---

<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.”.

(págs. 94 y 97 a 99 digitales, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente)

### **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 afiliado 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)** declarar la ineficacia del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que: **(a)** el **demandante** se encuentra válidamente afiliado por decisión propia a través de la firma del formulario de afiliación; **(b)** el demandante no mostró inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones; **(c)** al demandante le faltan menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez; **(d)** el traslado de régimen pensional atenta contra la sostenibilidad económica del sistema pensional; **(e)** la afiliación del demandante cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado de régimen pensional; **(f)** la decisión del demandante fue de manera consciente y espontánea sin ningún tipo de presión o coacción; **(g)** el formulario suscrito por el demandante ante la administradora Porvenir S.A., cumplió con todos los requisitos que requería la Superintendencia Financiera; **(h)** operó la prescripción en el presente proceso; **(i)** el traslado del demandante gozó de plena validez, el demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria a Protección S.A., descartando toda coacción; **(iii)** el traslado de gastos o comisión de administración, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos del RAIS administrado por las administradoras **Porvenir S.A.** y **Protección S.A.**

### **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 desavenencias 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 de 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 los afiliados 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 al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados 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 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, 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 la solicitud de vinculación del **9 de octubre del año 1997**, que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Colmena** (pág. 195 digital, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente); El documento fue suscrito por el **demandante**, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Alejandro Chavarro Gaitán** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Tal y como se señaló en hechos probados, el **demandante** diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **Colpatría**, el 2 de marzo del año 2000, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de mayo del año 2000 (pág. 224 digital, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente).

Finalmente, entre las **AFPS Colpatría** y **Horizonte**, existió una cesión por fusión, situación que se presentó con posterioridad entre las administradoras **Horizonte** y **Porvenir S.A.**, quedando el demandante trasladado a la última administradora referida. (pág. 93 digital, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente)

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, las **AFPS Porvenir S.A.** y **Protección 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, al demandante.

En efecto, no se denota que las entidades de seguridad social demandadas le hayan suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debieron 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 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, tales documentos son precarios para lograr el cometido pretendido por los fondos privados, pues, no se puede predicar que el demandante, 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 de que se 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 AFPS debieron dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

*“...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

***Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”.*** (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**. así como los derechos que emanen de tal declaratoria.

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**; además, es preciso indicar que, en el presente asunto no opera la compensación, por cuanto, no existe condena pecuniaria a cargo de las administradoras demandadas.

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P.** CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por lo tanto, se deben 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 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 demandante en el RAIS, sino de la administración que, en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor del **demandante**, ni de **Colpensiones**.

De acuerdo al ítem del recurso de apelación, que concierne sobre si el traslado de régimen pensional vulnera el principio de sostenibilidad

financiera, la presente Colegiatura se adhiere al criterio expuesto en la Sentencia SL 2877 del 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se estableció que, 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 deben reintegrar las AFPS Porvenir S.A. y Protección 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.

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 la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha mantenido 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 1º 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.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, a favor del **demandante Alejandro Chavarro Gaitán**, por no haber salido 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 193 del 19 de julio de 2021**, proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO:** En la presente instancia las **Costas** estarán a cargo de las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, a favor del **demandante Alejandro Chavarro Gaitán** por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

**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

(Ausencia Justificada)  
**ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ**  
Magistrada