



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
-SALA LABORAL-

Santiago de Cali, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA NÚMERO 213
Acta de Decisión N° 075

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 193 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JECONIAS ALVAREZ MESA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, asunto identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-005-2023-00119-01.

ANTECEDENTES DEMANDA

CAPITULO II
PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad absoluta y/o ineficacia de la afiliación y traslado de la parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), administrado por la AFP PORVENIR.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, que se ordene el regreso automático de la parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por COLPENSIONES.

TERCERA: Condenar a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA, incluidos el capital, aportes, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros que se hubieren causado, frutos e intereses y el porcentaje de los gastos de administración.



CUARTA: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que reciba las sumas provenientes de la AFP PORVENIR S.A., sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales a la parte demandante; para financiar la prestación económica que como administradora del Régimen de prima media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

QUINTA: Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas

SEXTA: Declarar las demás pretensiones que se encontraren probadas y que pudieran ser decretadas de conformidad con las facultades ultra y extra petita que tiene el juez laboral.

CAPITULO III

HECHOS Y OMISIONES QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES

- 1).-** La parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA nació el día 01 de octubre de 1966, por lo que a la fecha cuenta con 56 años.
- 2).-** La parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA, se encontraba afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) a través del Instituto de Seguros Social – ISS, para cubrir los riesgos de la vejez, invalidez y muerte desde julio de 1989 hasta mayo de 2008, según se observa de la historia laboral.
- 3).-** La parte demandante se trasladó hacia el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS) administrado por PORVENIR en mayo de 2008.
- 4).-** La parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA se encuentra actualmente afiliado a la AFP PORVENIR S.A., cuenta con 1.207 semanas cotizadas y un capital de \$131.502.925 aproximadamente.
- 5).-** La AFP PORVENIR no cumplió en su momento con su deber de información y de debida diligencia que debieron brindar a la parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA en el momento en el que se estaba tramitando su traslado desde el Instituto de Seguros Sociales. La AFP mencionada no le informó en forma detallada las incidencias que la decisión del cambio de régimen tendría con respecto al derecho pensional en proceso de consolidación.
- 6).-** La omisión de información radica en la falta de ilustración respecto del monto hipotético o simulación de la mesada pensional que percibiría en un futuro, aspecto relevante donde se produce el perjuicio para la parte demandante.
- 7).-** Ante esa falta de claridad en aspectos tan importantes como la mesada pensional, la cual es el apoyo económico en la vejez del afiliado una vez alcance esta etapa de su vida, la parte demandante JECONIAS ALVAREZ MESA se ve afectada de manera sustancial, puesto que además de inducirla erróneamente a migrar de fondo, en las condiciones en que se encontraba, le era más beneficioso permanecer en el RPMPD, en atención a las cotizaciones que realizaba en relación con el salario percibido.



8).- Dentro del proceso de afiliación, la parte demandante fue abordada por promotores de la AFP PORVENIR, quienes la convencieron de realizar el traslado, aduciendo que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el I.S.S hoy COLPENSIONES. No se le informó sobre las reales diferencias en el monto de la mesada pensional, ni la diferencia en la liquidación de la pensión en cada régimen pensional. En cambio se le efectuó una intensiva campaña de publicidad por parte de los asesores comerciales del fondo privado con el fin de lograr su traslado a dicho régimen, prometiéndole beneficios que contrario a lo que le prometían, traerían una desmejora en su derecho pensional.

9).- Como maquinaria de convencimiento por parte de la administradora del RAIS, se le dijo a mi representado que con el fondo de pensiones al que se trasladaría, tendría una mejor mesada pensional de la que podría tener en el RPMPD, lo que a todas luces es totalmente falso. Adicional a lo anterior se le informó que podría pensionarse antes de la edad requerida si fuese necesario y con una suma superior a la ofrecida por el ISS, información que igualmente es errada y falsa.

10).- De lo anterior se deduce que la asesoría e información recibida del asesor comercial de la administradora del RAIS, se basó esencialmente en ofrecerle a mi representado un rendimiento mayor y una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez, prometiéndole una pensión de vejez anticipada con unas mejores condiciones, sin hacer y mostrar a la parte demandante ninguna clase de estudio previo ni comparativo para tomar tan importante decisión, manifestándole incluso de manera temeraria que el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy COLPENSIONES se acabaría.

11).- En el proceso de afiliación al fondo privado PORVENIR no le explicaron las condiciones del traslado, ni mucho menos se le hizo una proyección para identificar la ventajas o desventajas, por lo que las AFP incumplió su deber legal que tenía de entregar información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de la mesada pensional. La mala fe por parte del fondo privado se demuestra al no aplicar las fórmulas de matemáticas financieras sobre unas proyecciones reales, porque como ciencia exacta que son las matemáticas, los fondos privados conocían desde ese entonces el resultado del ejercicio financiero que se está develando en la actualidad.

12).- La AFP PORVENIR en consecuencia INDUJO A UN ERROR EN EL CONSENTIMIENTO de mi mandante, toda vez que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), nunca alcanzaría los beneficios y condiciones más favorables a las que tendría derecho en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

13).- El 01 de octubre de 2018, la parte demandante cumplió la edad de 52 años, fecha hasta la cual por ley podía haber realizado su traslado de Régimen Pensional. Sin embargo, la AFP PORVENIR, en total omisión de sus deberes de administrador nunca asesoraron, ni notificaron sobre la posibilidad de TRASLADARSE a mi representado, aun sabiendo y pudiendo determinar que su continuidad con dicho fondo de cara a la pensión de vejez sería económicamente muy inferior a lo que por pensión de vejez pudiese recibir en el RPMPD administrado por COLPENSIONES.

14).- En el año 2022, la parte demandante solicitó una asesoría y simulación pensional a la AFP PORVENIR. La respuesta arrojó como resultado que en PORVENIR en el año 2028 para la edad de 62 años obtendría sólo una pensión de \$1.124.177 equivalentes a



1 salario mínimo legal mensual vigente con una tasa de reemplazo del 31.81% aproximadamente, de acuerdo con la proyección de la entidad que se aporta como prueba.

Por el otro lado, si bien Colpensiones no dio respuesta a la solicitud de simulación pensional, realizamos una proyección aproximada, de acuerdo a la historia laboral, obteniendo como resultado un ingreso base de cotización (IBL) de 3,56 salarios mínimos legales mensuales vigentes, una tasa de reemplazo del (70,76 %) y una mesada pensional para el año 2028 de \$3.469.706 equivalente a 2,52 salarios mínimos legales mensuales vigentes aproximadamente, con la posibilidad de continuar cotizando para aumentar la tasa de reemplazo.

Simulación Pensión en PORVENIR.

Situación sin volver a cotizar:

Capital				Semanas	Pensión	Tasa Reemplazo (Pensión/IBL)
Edad	Cuenta Ahorro Individual	Bono Negociado	Total			
55 años	\$65.214.760	\$61.074.888	\$126.289.648	1207	\$0	.00%
62 años	\$83.035.490	\$79.940.117	\$162.975.607	1207	\$1.124.177	38.79%
63 años	\$85.609.591	\$83.143.478	\$168.753.069	1207	\$1.146.323	39.56%
65 años	\$90.999.656	\$89.940.439	\$180.940.095	1207	\$1.191.933	41.13%

Situación cotizando el 100%:

Capital				Semanas	Pensión	Tasa Reemplazo (Pensión/IBL)
Edad	Cuenta Ahorro Individual	Bono Negociado	Total			
55 años	\$65.214.760	\$61.074.888	\$126.289.648	1207	\$0	.00%
62 años	\$120.597.904	\$79.940.117	\$200.538.021	1533	\$1.124.177	31.81%
63 años	\$129.711.043	\$83.143.478	\$212.854.521	1584	\$1.146.323	31.59%
65 años	\$148.793.601	\$89.940.439	\$238.734.040	1687	\$1.191.933	31.23%



Simulación Pensión en COLPENSIONES.

NOMBRE	JECONIAS ALVAREZ MESA
CEDULA	16.731.021
FECHA DE NACIMIENTO	01 OCTUBRE DE 1966
EDAD	56
FECHA CUMPLE 62 AÑOS	2.028

PERIODOS NO COTIZADOS DESDE	
MESES 0	SEMANAS 0

SEMANAS COTIZADAS	1.207
SEMANAS POR COTIZAR BASICAS	-
SEMANAS POR COTIZAR EDAD	350
TOTAL SEMANAS A COTIZAR	1.557
SEMANAS ADICIONALES A BASICAS	257

IBL A HOY	
*(Se plantea ejercicio como si cumpliera requisitos de semanas cotizadas y edad)	
IBL ULTIMOS 10 AÑOS	4.903.610
IBL TODA LA VIDA LABORAL	3.367.572
SALARIOS MÍNIMOS HOY	4,90

TASA DE REEMPLAZO A HOY *	70,76
BASICA	ADICIONAL
63,05	7,71
MESADA A HOY	3.469.705,9
SALARIOS MÍNIMOS HOY	3,47

IBL AL CUMPLIR LA EDAD VALOR FUTURO	
*(Se plantea ejercicio con un aumento de \$ 250.000 anuales en el salario a cotizar - Se establece un aumento de IPC anual en un 5% - Se establece un aumento del SMMLV anual en un 5.5 %)	
IBL ULTIMOS 10 AÑOS	4.903.610
IBL TODA LA VIDA LABORAL	3.367.572
SALARIO MINIMO 2028	3,56

TASA DE REEMPLAZO 2028	70,76
BASICA	ADICIONAL
63,05	7,71
MESADA A 2028	3.469.706
SALARIOS MÍNIMOS 2028	2,52



DIFERENCIA MESADA 2028	2.090.863
MESADA PROVENIR 2028	1.378.843
MESADA COLPENSIONES 2028	3.469.706

15).- La parte demandante realizó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES y PORVENIR solicitando el traslado por haber operado la nulidad absoluta y/o ineficacia de la afiliación al RAIS por vicios del consentimiento ante la falta del deber de información. Las entidades demandadas contestaron que no era procedente por estar a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

REPLICAS DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, son ciertos el 1° y 3°, que es parcialmente cierto 2° y 15°, respecto del resto adujo que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD.**

PORVENIR S.A. por su parte señala que, no le constan y/o no son ciertos los hechos del libelo gestor. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones: **PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN; RESTITUCIONES MUTUAS Y EXCEPCION GENÉRICA.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 193 del 17 de julio de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por los entes demandados a través de sus apoderados judiciales.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, del señor **JECONIAS ALVAREZ MESA** acaecido el 29 de mayo de 2008, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.



TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor **JECONIAS ALVAREZ MESA**, identificado con C.C. No. 16.731.021, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, seguros previsionales, bonos pensionales, *-si los hubiere constituidos-*, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, este último rubro correspondiente a todo el tiempo que permaneció afiliado el actor al RAIS.

CUARTO: ORDENAR que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor **JECONIAS ALVAREZ MESA**, debiendo recibir la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, seguros previsionales, bonos pensionales y los gastos de administración. Como también deberá corregir y actualizar la historia laboral del demandante.

QUINTO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a reintegrar si los hubiere al señor **JECONIAS ALVAREZ MESA**, los valores aportados por concepto de cotizaciones voluntarias, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, previo a efectuar el traslado de los aportes a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

SEXTO: CONDENAR en costas a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** por haber sido vencidas en juicio, fijando la suma de **un (01) S.M.L.M.V.**, como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades y en favor del señor **JECONIAS ALVAREZ MESA**.

SEPTIMO: REMÍTASE en consulta al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali - Sala Laboral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES a través de su mandataria judicial manifiesta que, el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS sin mostrar inconformidad alguna de la administración de sus cotizaciones por parte de Porvenir; que la declaratoria de ineficacia de traslado vulnera la prohibición legal para trasladarse por edad y la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, toda vez que, en precedentes de la Corte Constitucional en materia de traslados indica que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de los demás afiliados y aduce que se descapitalizaría el fondo común, por ende, solicita se revoque el fallo.



PORVENIR S.A. mediante su apoderada judicial esgrime que, para la fecha del traslado de régimen la normatividad vigente no les imponía a los fondos un deber de información que ahora se les impuso por vía jurisprudencial, por lo que solo debe regir las disposiciones del momento del traslado; que el formulario de afiliación es totalmente valido y el traslado se dio por voluntad del afiliado, acto que ahora pretende desconocer el demandante; que se opone a la devolución de los gastos de administración, pues es la contraprestación de la gestión del fondo y devolverlos generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, entidad que no realizó gestión alguna, decisión que va en contra de las restituciones mutuas; en cuanto a la prima de seguro previsional, resulta improcedente su retorno dado que tienen un titular definido por la ley además que no se pudo retrotraer el acto con la aseguradora, por lo expuesto solicita se revoque la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

El presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta respecto de **COLPENSIONES** por ser adversa a la entidad y de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Objeto de la Consulta y Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **JECONIAS ALVAREZ MESA** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, establecer si es procedente el retorno del demandante al RPMPD regido hoy por **COLPENSIONES**, junto con sus recursos pensionales, comisiones, bonos pensionales, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, prescripción y costas procesales.

Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al rememorar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa



desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021:**

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de: «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

La evolución del deber de información no ha sido estática y con el trasegar del tiempo se han adherido más obligaciones para AFP'S para con sus afiliados de forma acumulativa, por lo tanto, cada caso debe ser examinado conforme al



contexto temporal normativo de la época del traslado, se relaciona a continuación las diferentes etapas normativas en dicha materia:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto.**

En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**¹ se ha edificado la tesis que corresponde a los fondos pensionales acreditar

¹ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021
En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la



el cumplimiento del deber de información, ello de conformidad con el artículo 1604 del C.C., máxime que, por ley están obligados a proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional.

Es preciso destacar que, la negación indefinida que esgrimen los afiliados de no haber recibido información no requiere de prueba por tratarse de un hecho de imposible acreditación, en contraste, la afirmación de las AFP'S de haber proporcionado la información es un hecho definido y por tanto susceptible de prueba, en tanto que, solo dichas entidades están en posición de demostrar las condiciones de tiempo, lugar y calidad en que se presentó el hecho.

Respecto del **formulario de afiliación**² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

En cuanto al **interrogatorio de parte**³ la praxis judicial enseña que no es útil el interrogatorio de parte en esta clase de procesos, pues si bien corre a cargo de las AFP'S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP'S, no se trata de indagar un vicio del

medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

² ibidem

Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

³ SL 3349 del 28/07/2021

Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.



consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP'S.

La **aplicación del precedente**⁴ vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtir los traslados.

Cuando se presentan **múltiples traslados**⁵ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Aunado a lo anterior, es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, la Sala de Casación Laboral Permanente ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen, toda vez que, la discusión gira en determinar si la persona recibió información integral para tomar la decisión, lo cual no se sustituye ni ratifica con los múltiples traslados:

“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez:

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la

4 SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

⁵ Ibidem

En la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.



discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga:

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige el plasmado en las referidas providencias de la Sala de Descongestión Laboral de esta Corte, toda vez que no encajan en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

Por último, conviene precisar que la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha ineficacia. En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.

Caso concreto

Descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, el señor **JECONIAS ALVAREZ MESA** manifiesta insuficiencia de información oportuna e integral al momento del traslado de régimen, conforme a Historia de Vinculaciones de Asofondos que obra al plenario, se surtió traslado del RPMPD – ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS - **PORVENIR S.A.** con fecha de efectividad del 01/07/2008:



Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 6:04:52 PM
Afiliado: CC 16731021 JECONIAS ALVAREZ MESA [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 16731021							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1992-10-14	2008/03/26	COLPENSIONES			1992-10-14	2008-06-30
Traslado regimen	2008-05-29	2008/07/21	PORVENIR	COLPENSIONES		2008-07-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16731021							
No hay vinculaciones migradas de mareigua para ese afiliado							

Ahora bien, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con **PORVENIR S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar al demandante: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Examinado el caudal probatorio encuentra la Sala que el mismo es insuficiente y no se logra acreditar por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento del deber de información para con el demandante y bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de régimen, se absolvió interrogatorio de parte por el demandante, del cual no se extraen elementos de juicio que permitan a esta Sala determinar que existió un consentimiento informado por parte del demandante, configurándose por todo lo anteriormente expuesto la ineficacia deprecada, por ende, habrá de confirmarse la decisión.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

Como la consecuencia de la ineficacia es la eliminación del traslado de régimen en el historial de movimientos y afiliaciones pensionales del señor **JECONIAS ALVAREZ MESA**, es decir, retrotraer todo al estado inicial de afiliación del demandante con el RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES**, deviene en la obligación por parte de la AFP del RAIS transferir los recursos pensionales del demandante obrantes en su cuenta de ahorro individual con destino a **COLPENSIONES**, toda vez que, dichos recursos serán utilizados para la



financiación de la eventual prestación pensional a que tenga derecho el demandante en el RPMPD, ello incluye, saldo de la cuenta, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los recursos propios del fondo pensional que transgredió su deber de información.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia de traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, por lo tanto, el fondo del RAIS debe asumir el menoscabo del bien administrado, en razón de que, la ineficacia que se configura es la secuela de la conducta de la AFP al haber omitido brindar información adecuada, oportuna, clara, comparada y suficiente al afiliado al momento del traslado, por lo que no hay lugar a compensación alguna.

Inspeccionado el fallo de primer grado se encuentra que, los recursos para financiar la prestación del demandante en el RPMPD fueron ordenados por el A quo, salvo lo atinente al porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es por lo que se adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL2946-2021⁶, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

La pretensión de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible al tratarse de una pretensión declarativa de la cual emana derechos a la Seguridad

⁶ "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).



Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, ello de conformidad con el artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción⁷, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

Costas Procesales

La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, por lo que el artículo 365 numeral 1 del C.G.P. impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, para lo cual solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables, por ende, analizado el asunto en cuestión se observa que **COLPENSIONES** se opuso y excepcionó contra las pretensiones de la demanda, razón por la cual resulta procedente la imposición de costas a su cargo dando paso a la confirmación de la condena por revisión en consulta del fondo público.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** dada la no prosperidad de la alzada.

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

⁷ CSJ - SL2946-2021 “En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que 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). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”



En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la **sentencia** N° 193 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los descuentos realizados por concepto de garantía de pensión mínima de conformidad con las consideraciones expuestas en la motiva de esta providencia. **CONFIRMAR** dicho numeral en lo demás.

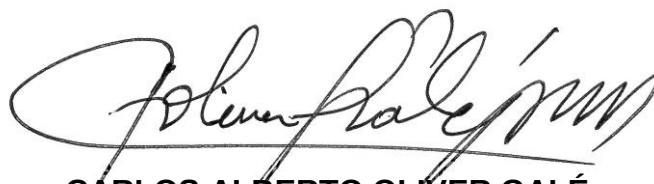
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la pasiva **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se impone a cada una la suma de \$1.500.000 en favor de la parte activa **JECONIAS ALVAREZ MESA**.

CUARTO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 005 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0af57160078c338abbd219e0888c262c2adac0c9c6ef1c3020c6f0e6af0624ac**

Documento generado en 18/08/2023 09:38:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>