



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

AUDIENCIA NÚMERO 310

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 321

Acta de Decisión N° 074

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 017 del 25 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JAIME CHAPARRO SOTO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la llamada en garantía **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, proceso con radicado único nacional N° 76001-31-05-009-2019-00419-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su regreso al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** sin solución de continuidad; se condene a **PORVENIR S.A.** al pago de los intereses moratorios por las mesadas dejadas de cobrar en **COLPENSIONES** y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 19/06/1954; que efectuó cotizaciones en pensión

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ante el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**; que se trasladó al RAIS con **PORVENIR S.A.** motivado por los argumentos esgrimidos por los funcionarios del citado fondo consistentes en que, podría pensionarse anticipadamente, mesada igual al salario devengado, mejores condiciones económicas a las del ISS entre otros beneficios, adicional a lo anterior aduce que le hicieron énfasis en la desaparición del ISS y por ende la pérdida de sus cotizaciones.

Refiere que, **PORVENIR S.A.** le reconoció pensión de vejez anticipada, a partir del 01/07/2016 en cuantía de \$1.321.693; indica que, solicitó ante particular simulación pensional, encontrando que la mesada ofertada por **PORVENIR S.A.** es considerablemente inferior a la que le hubiere reconocido **COLPENSIONES**; en vista de lo anterior, solicitó su traslado de régimen ante **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, no obstante, ambas entidades se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la subsanación de la demanda y surtido el traslado de rigor procedieron a contestar el libelo.

COLPENSIONES indica frente a los hechos que, es cierto el 1° y respecto del resto se abstuvo de pronunciarse al respecto, aludiendo que la parte actora tiene que probar los supuestos de hecho, en virtud de su cercanía con el material probatorio. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE "SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA"; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; BUENA FE Y SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSOS DE EXCEPCIONES.

PORVENIR S.A. por su parte manifiesta que, son ciertos los hechos 5°, 6° y 7°; que es parcialmente cierto el 2°; que no le constan el 1°, 9° y 10°; en cuanto a los demás aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró la excepción previa denominada: INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO, con el fin de integrar al contradictorio a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** en razón de la renta vitalicia contratada con dicha aseguradora; como excepciones de fondo propuso: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.



LLAMADA EN GARANTÍA

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. indica frente a los hechos de la demanda que, es cierto el 1°; que no es cierto el 6°, 11° y 12°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones: INEXISTENCIA DE OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, A CARGO DE MI REPRESENTADA RESPECTO DE REVOCAR UNA PENSIÓN DE VEJEZ BAJO LA MODALIDAD DE RENTA VITALICIA VÁLIDAMENTE RECONOCIDA; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y FINANCIERA DE REVOCAR PENSIÓN DE VEJEZ BAJO LA MODALIDAD DE RENTA VITALICIA; AFECTACIÓN FINANCIERA E IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y JURÍDICA DE REVOCAR UNA PENSIÓN DE VEJEZ EN CASO DE PROSPERAR LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE; COMPENSACIÓN; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. presentó demanda de reconvencción contra el señor **JAIME CHAPARRO SOTO** con el fin de que: se suspenda el pago de las mesadas, se ordene al demandado reintegrar a la aseguradora todos los dineros pagados y que se paguen en adelante como mesadas pensionales de vejez debidamente indexadas y se condene al pago de costas procesales. Indican los hechos relevantes que, se suscribió póliza de renta vitalicia en mayo del 2017 en favor del accionante que ahora pretende se revoque.

CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Al descorrérsele traslado el apoderado judicial del demandante indicó que, es cierto el hecho 1°; que el hecho 2° se trata de una apreciación. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de fondo: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN RECONVENCIÓN; INEXISTENCIA DEL DERECHO DE SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., PARA OBTENER EL REINTEGRO DE LAS SUMAS DE DINERO CANCELADAS AL SEÑOR JAIME CHAPARRO SOTO, POR CONCEPTO DE MESADAS PENSIONALES; PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 017 del 25 de enero del 2021, resolvió:

“1.- *DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas y de la llamada en garantía.*”



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

2.- *DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor JAIME CHAPARRO SOTO, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado inicialmente por HORIZONTE S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*

3.- *Como consecuencia de lo anterior, el señor JAIME CHAPARRO SOTO, debe ser admitido en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado, una vez PORVENIR S.A. y la sociedad SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., realicen el traslado de los aportes, con todos los frutos e intereses y los rendimientos.*

4.- *ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, representada legalmente por el doctor MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o por quien haga sus veces, y a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., representada legalmente por la doctora MONICA ANDREA OREJUELA CORTES, o por quien haga sus veces, entidad que viene pagando la pensión de vejez al actor en virtud de la póliza de renta vitalicia, que trasladen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados a PORVENIR S.A., con sus rendimientos financieros, y así mismo, devuelvan el o los bonos pensionales que hayan sido redimidos, a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexados.*

5.- *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral del señor JAIME CHAPARRO SOTO, los aportes realizados por éste, a PORVENIR S.A.*

6.- *CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, representada legalmente por MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o por quien haga sus veces, a continuar pagando al accionante JAIME CHAPARRO SOTO y de su propio patrimonio, las mesadas pensionales de vejez, hasta el momento en que COLPENSIONES asuma el pago de la pensión de vejez al actor.*

7.- *ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, representada legalmente por MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o por quien haga sus veces, de la pretensión relativa al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

8.- *COSTAS a cargo de la parte vencida en el proceso. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. FIJESE la suma de \$908.526, en que este Despacho estima las AGENCIAS EN DERECHO, a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y de la llamada en garantía, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., y a favor del accionante.*

9.- *La presente sentencia, CONSULTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007."*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin lo siguiente:

COLPENSIONES aduce que, el demandante efectuó el traslado de manera libre y voluntaria, no se probó vicio alguno más allá del dicho de la parte actora; debe tenerse en cuenta que el actor percibe pensión en la actualidad y se opone a la



condena en costas, toda vez que, la entidad obró en cumplimiento del deber legal, por ende, solicita se revoque el fallo proferido.

PORVENIR S.A. solicita se declaren las excepciones de fondo propuestas en la contestación y se revoquen todas las condenas impuestas a la entidad, toda vez que, no hay razones suficiente para declarar la ineficacia del traslado, pues la entidad cumplió con todas sus obligaciones en materia informativa del panorama del sistema pensional, la asesoría se dio de forma verbal en las tres oportunidades que se trasladó inicialmente con PORVENIR, HORIZONTE y PORVENIR nuevamente, ratificando su voluntad de permanencia en el RAIS; del interrogatorio se estableció que las vinculaciones se dieron de forma libre y voluntaria, no se faltó a la verdad porque a diferencia del RPMPD en el RAIS los aportes pueden ser parte de la masa sucesoral de los afiliados, pues es una característica propia del régimen, sabía que sus aportes estaban en una cuenta individual y que podrían ser heredados por su hijo; cabe destacar que, el actor se encuentra pensionado desde el 2016 inicialmente en la modalidad de retiro programado y posteriormente en el 2017 se suscribió la renta vitalicia con Seguros de Vida Alfa, la cual es irrevocable.

Porvenir no cuenta con ningún recurso, pues fueron trasladados a la aseguradora, por lo que la condena del numeral 6° es improcedente; sobre el actor también recaía la obligación de informarse sobre la conveniencia de un régimen u otro más allá de lo expresado por el asesor, además a través de diarios de amplia circulación la entidad informó la posibilidad de trasladarse al RPMPD, no obstante, el actor no hizo uso de esta.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. manifiesta que, el contrato de renta vitalicia es de natural, conforme a la normatividad los afiliados deben leer los formatos de afiliación y la firma de dichos documentos son señal de la aceptación de las condiciones establecidas, entonces solo por el simple hecho de que la prestación sea superior en un régimen u otro sea viable declarar la ineficacia; aduce que si opera la prescripción pues no se esta frente a un derecho pensional que se haya desconocido sino un valor mayor de su mesada reconocida en el 2016 y demandada en el 2019, claramente esta configurada la citada excepción, además de que la afiliación data del 98; señala que, el actor ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, configurándose una situación jurídica consolidada que no es posible revertir por posible afectaciones a la sostenibilidad del sistema; subsidiariamente solicita

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que, de confirmarse la ineficacia de la afiliación solicita que le sea aplicada la premisa de tercero de buena fe que nada tuvo que ver con la nulidad de la afiliación y se absuelva de cualquier valor histórico de mesadas que se tenga que asumir o devolver al Ministerio de Hacienda o Colpensiones y requiere que se revoque los numerales 1°, 2°, 4° y 6° pues quien debe asumir el repago de las mesadas es el afiliado o en su defecto Porvenir, porque se obró de buena fe y en mandato legal, por ello se solicita se absuelva de las costas procesales.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio de igual forma se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Objeto de la Consulta y Apelación

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional como pensionado del RAIS y efectuado por el señor **JAIME CHAPARRO SOTO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y los posteriores traslados; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES**, pago de mesadas, prescripción y costas procesales.

Caso Concreto

Uno de los ejes de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **CHAPARRO SOTO** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen, situación que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, permitiéndole tomar decisiones responsables en torno a la inversión

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019-
Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

**El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral
de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado**

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando 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**”.*

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**.”*

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues **lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña**.”*

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen** que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

Respecto de los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral ha indicado que:

*“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, **resulta 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.***

*(...) Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.**”(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación de la demandante, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado previo a la autorización del traslado de régimen para determinar la eficacia del acto cuestionado.

El efecto consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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** es decir ineficaz.

De los formularios de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, se tiene estipulado por vía jurisprudencial que:

*“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, 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, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado**”. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Por tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP´S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad frente al afiliado lego dar a conocer los rasgos positivos y negativos de cada régimen, para desvirtuar la acusación del afiliado:

*“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, **la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.***

*En ese sentido, **tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.***

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que **«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»**, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)”*



Se practicó interrogatorio de parte al actor del cual se extrae puntalmente que: el traslado de régimen se dio por amistad con asesor de Porvenir quien le ofreció una serie de beneficios mas no se le indicaron los perjuicios, al solicitar su pensión no se le indicaron las diferentes modalidades y en que consistían, no se le explicó en que consistía el retiro programado o la renta vitalicia.

Es de subrayar que no se le está exigiendo al fondo cuestionado una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio y el alcance de la misma.

La regulación del derecho de información frente a los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

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 el 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); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la Ley 100/93.

Si bien milita en el expediente documental aportada por **PORVENIR S.A.** en los que se observa sendos documentos relacionados con la solicitud pensional en el RAIS, cabe destacar que, estos no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado de régimen primigenio, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

A manera de colofón es importante señalar que, las tesis antes esgrimidas en esta providencia, se encuentran ampliamente respaldadas por el máximo órgano de nuestra jurisdicción, toda vez que, en reciente Sentencia



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición mayoritaria de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos:

1- Deber de Información:

“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 (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).

(...)

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.

2- Formulario de afiliación:

“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).

(...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017 reiterada en la CSJSL373-2021), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

3- Carga de la Prueba:

“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 medida que la afirmación de no recibir



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

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 desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009.”

4- Aplicación del precedente:

“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.

(...)

Finalmente, la circunstancia de que la accionante haya elevado su inconformidad solo hasta el 2018, tampoco incide en la obligación que tenía la AFP, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios de pertenecer al anterior régimen.”

5- Efectos de la ineficacia:

“En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).”

6- Excepciones.

“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».

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)."

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** no le proporcionó al señor **JAIME CHAPARRO SOTO** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen efectuado el 01/05/1998, así como también los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pudiera tomar una decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal b); por ende, al no acreditarse por parte del fondo privado el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acató configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que, el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Pese lo esgrimido hasta este punto es menester acotar que, el señor **JAIME CHAPARRO SOTO** adquirió la calidad de pensionado con **PORVENIR S.A.** desde julio del 2016 en la modalidad de retiro programado, posteriormente se contrató renta vitalicia con **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** a partir de mayo del 2017, por ende, el presente asunto con la citada particularidad debe ser objeto de análisis a la luz del nuevo precedente del órgano de cierre.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia **SL373 del 10 de febrero de 2021** señaló en similar asunto que:

"... si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relieves algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. **Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.***

*Por lo tanto, **no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.***

(...)

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.***

De lo anterior se colige que la adquisición del estatus de pensionado de los afiliados al sistema pensional que pretendan la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, da pie a una serie de situaciones que permite la participación de terceros de buena fe o disfuncionalidades que podría ocasionar una grave afectación al sistema pensional.

Es preciso destacar que, en el referido fallo la Corte Suprema de Justicia abre la posibilidad de que los pensionados en similares situaciones que se consideren lesionados en su prestación económica reconocida en el RAIS puedan reclamar su debida reparación, veamos:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, **si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.***

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. **Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.***

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

Del estudio del memorial demanda se encuentra que inicialmente había solicitado el pago de perjuicios, no obstante, el A quo requirió a la parte actora corregir ciertas falencias en la demanda y al ser subsanadas se eliminó dicha pretensión incoando solo como pretensiones, la nulidad del traslado efectuado del RPMPD al RAIS con Porvenir, el retorno al RPMPD regentado por Colpensiones sin solución de continuidad, intereses moratorios a cargo de Porvenir y Costas procesales.

De lo anterior se colige que, en el trasegar del proceso no se discutió tema alguno respecto de una eventual reparación de perjuicios o similar y cómo se encuentra debidamente acreditado que el señor **JAIME CHAPARRO SOTO** ostenta el estatus de pensionado en el RAIS con **PORVENIR S.A.** y posteriormente con **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, se configura una situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer por los mayúsculos efectos que ocasionaría al Sistema General en Pensiones a voces del nuevo fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, razón por la cual este colegiado acoge el citado fallo del órgano de cierre, por ende, se confirmara el fallo de primera instancia por los motivos antes expuestos.

Es pertinente dejar constancia que, esta sentencia no tiene el efecto de revocar el reconocimiento pensional efectuado por **PORVENIR S.A.** en la modalidad de retiro programado y el posterior cambio de modalidad a



renta vitalicia con **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** frente al actor, pues, ese aspecto no fue objeto de debate.

Costas en ambas instancias a cargo del demandante conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., el A quo fijara las de primera instancia en su correspondiente oportunidad procesal.

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: REVOCAR la Sentencia Consultada Y Apelada N° 017 del 25 de enero del 2021, emanada del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** incoada por las demandadas y la llamada en garantía y **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones impetradas por el señor **JAIME CHAPARRO SOTO**, por las razones esgrimidas en esta providencia.


SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, las de segunda instancia se estiman en la suma de \$100.000 en favor de cada una de las demandadas y la llamada en garantía; respecto de las costas de primera instancia el A quo las fijara en su correspondiente oportunidad procesal.

TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, 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.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL
**NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO
VIRTUAL EFICAZ**

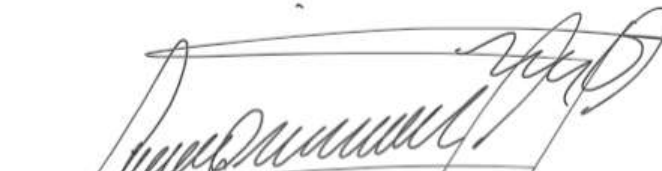
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Con aclaración de voto



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Con aclaración de voto

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

REF. ORD. JAIME CHAPARRO SOTO
C/ COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 009-2019-00419-01

Código de verificación:

69e22f4b5692bfceccda68fa2f276bd4085fb1f976ff66b1723a9385967c826dc

Documento generado en 31/08/2021 10:34:46 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>