

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500620210029701
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DE TRASLADARSE AL RÉGIMEN PENSIONAL GENERA INEFICACIA– CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA ABSOLUTORIA APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 425

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogas de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia absolutoria No. 49 del 16 de febrero de 2023, proferida de manera virtual por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 294

I. ANTECEDENTES

RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.** – en lo que interesa al recurso de apelación que habrá de resolver la Sala, solicita que se declare la ineficacia del traslado que realizó a **PORVENIR S.A.** el 1° de abril de 2001, y se declare que ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, en donde se encuentra actualmente afiliado.

Solicitó que se condenara a COLPENSIONES a reconocerle la pensión especial de vejez por alto riesgo, pero la misma se consideró como desistida con la subsanación la demanda, y así quedó establecido sin que la parte interesada mostrara inconformidad.

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 23 de agosto de 1964; que realizó aportes a pensión a través de CAJANAL desde el 23 de octubre de 1986; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 1° de febrero de 2001, sin haber recibido la información idónea y verás por parte de dicha administradora; que el 1° de septiembre de 2012 solicitó el traslado de PORVENIR S.A. hacía COLPENSIONES, lo cual se hizo efectivo.

Indica que solicitó el 15 de noviembre de 2013 ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de especial de alto riesgo, sin recibir respuesta, que demandó ante la jurisdicción contencioso administrativa el reconocimiento de la prestación, pero el 28 de febrero de 2019 se negó la prestación, por no conservar el régimen de transición para pensiones de alto riesgo, por el traslado que realizó a PORVENIR S.A..

COLPENSIONES informa que actualmente el demandante se encuentra afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, puesto que en el año 2012 retornó desde el Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A.; explica que el mencionado traslado se surtió en sede administrativa, toda vez que para aquella época el solicitante no se encontraba inmerso en la prohibición del literal -e- del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que señala que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Se opuso a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación y traslado del actor a PROVENIR S.A., puesto que el traslado se dio por plena voluntad del demandante, por lo tanto, dicho acto de afiliación tuvo plena validez conforme lo instituye el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que no obra en el plenario prueba alguna que soporte que la voluntad del demandante al momento de efectuar su afiliación hubiere estado viciada.

Informa que se encuentra en trámite el proceso con radicación 76001233300520140089200 ante la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el que se resuelve por recurso de apelación sobre el reconocimiento de la pensión especial de alto riesgo, por tanto, que no procede que por este proceso se estudie el derecho que le pudiera asistir al actor por esa misma prestación.

En razón a ese proceso COLPENSIONES propuso la excepción previa de pleito pendiente, respecto de lo cual la juez negó la prosperidad, al considerar que en el proceso 76001233300520140089200 que se encuentra ante la Sección Segunda del Consejo de Estado no se está

discutiendo sobre la ineficacia de traslado, lo cual fue corroborado por la parte actora al decidirse la excepción previa, que en lo que tiene que ver con la pretensión de reconocimiento de la pensión de especial de alto riesgo, la juez dijo que el demandante desistió de dicha pretensión al subsanar la demanda.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones; adujo que en este caso lo que se debe demandar es la ineficacia del traslado de régimen pensional y no su nulidad, por cuanto no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que cumplió cabalmente la obligación de dar información a la parte demandante, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional; que la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado por disposición legal y no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento; que la parte demandante cuenta con plena capacidad legal para decidir el traslado del régimen de pensiones, y tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias; que la finalidad del sistema general de pensiones se cumplió frente a la parte demandante; que a ésta se le informó en relación con la incidencia del traslado en el régimen de transición; que aun de considerarse, en gracia de discusión, que no hubo debida información no es por sí solo suficiente para la ineficacia del acto de traslado del régimen pensional; que la parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; que la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es una relación contractual; por lo tanto, que no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones; que las acciones para

reclamar la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional se encuentran prescritas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali absolvió de las pretensiones, en consideración a que pese a que no se demostró que PORVENIR S.A. hubiera cumplido con deber de información, consideró que no obstante a ello, que el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES habiendo retornado en el 17 de julio de 2012 con efectividad a partir del 1° de septiembre de ese mismo año, y trasladado los aportes que realizó en el RAIS entre 1 de marzo de 2001 al 1 de septiembre de 2012, lo que considera hace improcedente la declaratoria de la ineficacia del traslado que efectuó a PORVENIR S.A. en el año 2001.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia, indica que no hay prueba que PORVENIR S.A. le haya brindó la información necesaria para que tomara la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria en el año 2001, por lo cual, hace ineficaz el traslado por falta del consentimiento informado.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte DEMANDANTE solicitó que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se declare la ineficacia del traslado, por no existir prueba de que se le haya garantizado el consentimiento informado al momento en que se trasladó a PORVENIR S.A., dice que no está pensionado y tiene derecho a un régimen de transición especial, pero este derecho no se ha podido materializar por aquel traslado que considera es ineficaz. Enrostra actuaciones de la

juez, como no haberle corrido traslado de la propuesta de conciliación que formuló Porvenir S.A., que la juez haya indicado que en la subsanación de la demanda se desistió de la pretensión de reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo, lo cual indica que no es cierto. Reitera la solicitud que se revoque la sentencia y se declare la ineficacia.

Por su parte, COLPENSIONES insistió en los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte demandante, con la que busca que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se declare la ineficacia del traslado, pasará a resolver si resulta procedente o no declarar la ineficacia del traslado realizado por RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ en el año 2001 hacía PORVENIR S.A., al considerar que dicha entidad no demostró que cumplió con el deber de información en el acto de traslado. Esto teniendo en cuenta que el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES desde el año 2012.

El demandante aduce que al momento en que optó por trasladarse a PORVENIR S.A este no cumplió con el deber de información que le permitiera tomar una mejor decisión. Respecto a este **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado es lego en temas financieros y pensionales; ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar

mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003; posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría** que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

El deber de información no se suple con los formularios de afiliación, ni con las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos preimpresos de las AFP, pues con estas se podría acreditar la firma del formulario, pero no el consentimiento informado. Respecto al deber información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL12136 de 2014, SL19447 de 2017, SL4964 de 2018, SL4989 de 2018, SL1452 de 2019 y SL 1688 de 2019.

En un caso similar al que plantea el demandante, esto es, un afiliado que se trasladó al RAIS y luego regresó a RPMPD, y estando afiliado a éste último régimen buscaba la declaratoria de la ineficacia con el ánimo de recuperar el régimen de transición y obtener la reliquidación de su pensión de vejez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2929 de 2022, consideró que era procedente declarar la ineficacia y consideró que demandante *“nunca se desprendió de los beneficios del régimen de transición”*.

Era carga de PORVENIR S.A. demostrar que cumplió con el deber de información, y no del demandante, porque la afirmación de no haber

recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante prueba que acredite que cumplió con la obligación y la documentación soporte de la información brindada al momento de la afiliación debe conservarse en los archivos del fondo.

Ciertamente, como lo alega la parte demandante, **PORVENIR S.A.** no demostró haber cumplido con el deber que le asiste “**desde su fundación**” de informarle de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos de afiliarse en su régimen.

Por tanto, y ante la constatación del incumplimiento del deber de información a cargo de PORVENIR S.A., se revocará el fallo de instancia y, en su lugar, se declarará la ineficacia del traslado que efectuó Rafael Augusto Cuellar Gómez a dicha administradora efectivo a partir del 1 ° marzo de 2001.

Comoquiera que la declaración de ineficacia se traduce en la privación de efectos del acto de traslado y en el entendimiento de que el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD, cabe colegir que nunca se desprendió de los beneficios que pudiera tener al régimen de transición o los propios del RPMPD, los cuales tendrá que demostrar en cada caso particular.

Así las cosas, se revoca la sentencia y, en su lugar, se dispone declarar ineficacia del traslado que realizó RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ a PORVENIR S.A. el 1° de marzo de 2001. En consecuencia, se declara que ha estado afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad, por lo tanto, se tendrá que los efectos del traslado de régimen no se han dado, esto es, no ha perdido el régimen de transición o aplicación de regímenes especiales propios del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida que pudiera tener, los cuales tendrá que demostrar en cada caso particular.

Se condena en COSTAS en ambas instancias a favor de RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ y a cargo de PROVENIR S.A.. Inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

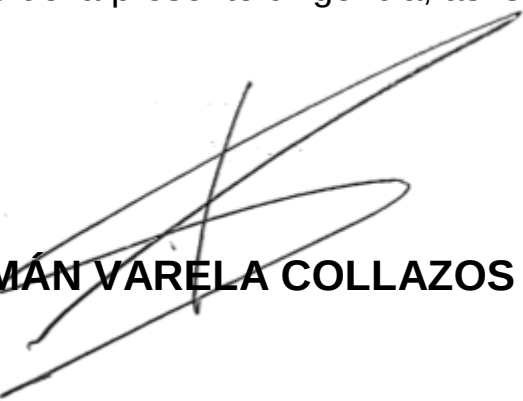
PRIMERO: REVOCAR la sentencia No. 49 del 16 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali y, en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ a PORVENIR S.A.. En consecuencia, que ha permanecido afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad y, por lo tanto, se tendrá que los efectos del traslado de régimen no se han dado, esto es, no ha perdido el régimen de transición o aplicación de regímenes especiales propios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que pudiera tener, los cuales tendrá que demostrar en cada caso particular.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a favor de **RAFAEL AUGUSTO CUELLAR GÓMEZ** y a cargo de PROVENIR S.A.. Inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente.

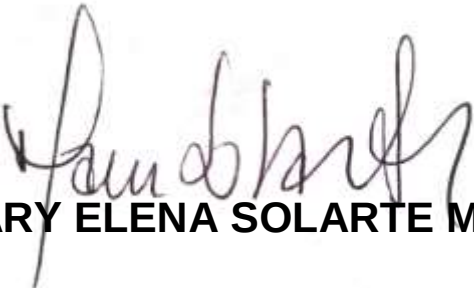
Esta providencia será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho->

[002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36](https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali/36), y se notifica por Edicto que fijará la Secretaría de la Sala Laboral en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>. Los términos empiezan a correr a partir del día siguiente de la fijación del EDICTO.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Firmado Por:
German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 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: **dde80bdaa813d4394ed0a76d0cd0cd07c7d072efa978f99b34714203b08fe97b**

Documento generado en 30/09/2023 12:21:03 AM

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