



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

Hoy **13 de ENERO 2023**, siendo las **2:00PM**, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 202, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 05**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de las magistradas Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO y el Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **DIEGO HERNAN VELASCO MEDINA** en contra de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, bajo radicación **-015-2021-00528-01**, en donde se resuelve la **CONSULTA** ordenada en la *sentencia No. 178 del 26 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** al Rais, **ORDENA** a COLFONDOS devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Declara probada la excepción innominada respecto de la petición de pensión de vejez. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: i) el actor es empleado del sector público -Rama Judicial- no se demostró que haya renunciado, además no hay reclamación administrativa respecto del derecho pensional ante Colpensiones por lo que no procede su estudio en el trámite procesal ii) antecedente Sentencia 31988 de 2008 reiterada en SL 936 y SL 1297 de 2021, Sentencia T-191/2020 SL 1055/2022 -actos de relacionamiento-conforme la cual, la carga probatoria la tienen los fondos privados; iii) así las cosas, la AFP debió demostrar que brindó la información necesaria y suficiente en el momento de traslado de régimen pensional, no obstante, brilla por su ausencia dicha prueba, la cual no se sana por la sola firma del formulario preimpreso; iii) por lo tanto, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos, por parte de Colpensiones recibirlo.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, razón por la cual procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 04

La sentencia APELADA debe **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (ineficacia y pago de los derechos pensionales), lo que conforme al código civil apareja consecuencias trascendentales, deja sin efectos el traslado viciado (indebida información).

Para ello entonces veamos si militan en las actuaciones aquellas conductas o actos permisivos para declarar la ineficacia del traslado.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los

campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues los **artículos 13.2 y el 271 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese 271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los **derechos fundamentales de la seguridad social**³ de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁴, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta **derechos fundamentales**⁵.

2.- Mandatos imperativos de la seguridad social para el traslado de régimen pensional.

Decantada la necesidad de ese obrar, sigue anclar en la discusión del asunto sustancial el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo dar cumplimiento a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; **el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes a aquel y no a la aseguradora, (sentencia C-177 de 1998)**, suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos surgidos con la ineficacia declarada. Es que la lectura de los dispositivos normativos ya relacionados en clave de la mentada sentencia de constitucionalidad no deja duda de las consecuencias jurídicas pregonadas.

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias⁶ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que, perfiladas bajo la seguridad social permiten destacar: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁷ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

4.- No proscripción de la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional.

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años*

anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que corresponda entender la convalidación de ese vicio con ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁸.

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del Art.107 de la ley 100 de 1993, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida, distinción y diferenciación a que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a **derechos fundamentales**, como se indica en la tutela 191 de 20209

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida¹⁰ se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹¹.

5.- Inversión de la carga de la prueba.

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros¹². Motivación por si sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto al resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada.

Destáquese entonces para lo que en adelante ha de precisarse qué media la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al de la seguridad social en pensiones si no se efectúa el traslado con respeto.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media al que perteneció desde el **16 de junio de 1980** (pág. 28 pdf 01 Onedrive), para luego movilizarse al RAIS, con **COLFONDOS S.A.** efectiva desde el **1 de enero de 1996** (pág. 22 pdf 01), sin que, con ese primer traslado al RAIS se acredite por parte del fondo, la debida información previa al traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado.

i) Obligación de la debida información para el traslado de régimen.

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principalística referida desde 1887 si no que se constituye legislativamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019** en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

ii) Falta de prueba de la debida información.

Es importante avisar para este traslado al RAIS, no haberse acreditado por parte del fondo haber brindado la debida información previo el traslado del régimen, deber de información que se predica para todos los afiliados, pues ninguno para ese momento era pensionado. Por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia del traslado de régimen junto con la devolución de los gastos de administración y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores (**STL 11947-2020**).

Todos estos argumentos por sí solo dan lugar a la prosperidad de la ineficacia del traslado, lo que con más veras tiene lugar al considerarse que la omisión de la debida información violenta el derecho fundamental del debido proceso **-Sentencia T-191 de 2020**.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, quedan superadas las apelaciones de las demandadas, referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional y la devolución de los gastos de administración.

Finalmente, respecto a la consulta en favor de Colpensiones sobre la imposición de condena en costas, es de manifestar que dicha entidad como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (págs.13 a 15 del pdf 05), luego no hay duda que hay lugar a la imposición procesal de costas, esto de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P.**

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **Sin COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

[Handwritten signature]

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
AUSENCIA JUSTIFICADA