



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 **23 DE FEBRERO DE 2023**, siendo las **2:00 pm**, 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 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 10**, 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) **LIDA SOFIA GARZÓN GÓMEZ** en contra de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, bajo radicación **013-2018-00548-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por las partes en contra de la *sentencia No. 234 del 09 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado 13º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se dispuso declarar LA NULIDAD / INEFICACIA de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A trasladar a Colpensiones todos los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, así como a la administrado del RPMPD los cuales contabilizará en el fondo común como semanas cotizadas, sin solución de continuidad. Condena a cargo de Porvenir S.A.

Motivos de la condena: **i)** La jurisprudencia de la CSJ en su SL la ha sido pacífica en establecer en cabeza de los fondos de pensiones deber de información sentencia Rad. 31989 de 9 de septiembre de 2008, así como la inversión de la carga probatoria desde **ii)** No logran probar los fondos privados demandados que en su momento cumplieron con lo de su cargo, dando al traste por vía de ineficacia de la afiliación; **iii)** es viable declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, debiendo realizar el traslado de todos los recursos de la cuenta de ahorro individual y rendimientos, por parte de Colpensiones recibirlo sin solución de continuidad. Costas a cargo de Porvenir.

Apelación Colpensiones: **a)** la declaración de ineficacia de la afiliación afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados, -cita sentencias C-1024/04 SU 062/10 y SU 130/13- **b)** la demandante cuenta con menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad mínima para gozar a la pensión de vejez, por lo que contraría el art. 2 de la 797/03, para trasladarse de régimen; **c)** de confirmarse, pide se ordene la devolución no solo de los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, sino también las comisiones por administración y/o dinero destinados a la garantía de pensión mínima en observancia del equilibrio financiero del sistema.

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. 09

La sentencia APELADA debe **MODIFICARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (nulidad 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.

2

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 ³sometido 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 caso bajo estudio, lo que sí está probado es que la demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde **27 de agosto de 1989 al 31 de julio de 1998** (pág. 78, expediente digitalizado), para luego movilizarse en el RAIS a ING PENSIONES hoy **PROTECCIÓN** el **10 de septiembre de 1998** generándose un traslado automático en **junio de 2000 con PORVENIR S.A.** (pág. 201, expediente digitalizado).

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 de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen no le impone automáticamente condena de prestación alguna a Colpensiones, solo recibir en el momento en que el fondo privado lo haga, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

Ahora bien, en atención al ataque exteriorizado por Colpensiones a través de su apoderada judicial y en gracia de lo discernido, es consecuente para la Sala ordenar la devolución completa de los emolumentos percibidos como consecuencia del traslado declarado ineficaz, tema tratado por la jurisprudencia especializada desde el año 2008 y reiterado más recientemente en sentencia SL 4782 de 2021², SL3156-2022, SL3155-2022, SL2177-2022, entre otras; anotando la obligación de las administradoras de pensiones privadas de trasladar al régimen de prima media todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, es decir, el capital de la cuenta individual del RAIS de las cotizaciones efectuadas y los rendimientos financieros, así como el porcentaje cobrado por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que permaneció afiliado, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones. (**CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021**).

En tal sentido se adicionará la sentencia apelada y se ordenará a PORVENIR S.A. efectuar la devolución de los rubros descritos, percibidos durante el tiempo que la actora permaneció afiliada en cada fondo.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, queda superada la apelación de Colpensiones, referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional y devolución completa de rubro de la cuenta individual y gastos de administración.

Finalmente, para la Sala no hay lugar a estudiarse la consulta, toda vez que el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, con la apelación se precisan por parte de la demandada, los errores que a su juicio cometió la instancia, resultando la consulta y el recurso, excluyentes entre sí.

Argumentos estos de la Sala que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la **Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021** y en decisión de tutela **T-1092 DE 2012**.

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

5

1. **ADICIONAR** el numeral 3° de la sentencia APELADA en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar también a COLPENSIONES los conceptos cobrados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia
3. **Sin COSTAS** en esta instancia.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO

Con el respeto por la decisión de la Sala, aclaro mi voto, En mi criterio, sí procede el grado de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación. En reiteradas decisiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "Como puede apreciarse, la consulta se halla instituida para la protección de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el artículo 53 de la Carta Política, pues este grado jurisdiccional opera cuando las sentencias de primera instancia "fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador", siempre y cuando dichas providencias no hayan sido apeladas. Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación". Sin embargo, solo procede ACLARAR EL VOTO porque se analizaron todos los elementos que tenían que estudiarse en el grado jurisdiccional de consulta.

Firma digitalizada por el sistema judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con el respeto por la decisión mayoritaria, salvo el voto parcial respecto a la condena en contra de COLPENSIONES, habida consideración que, resultaba procedente analizar⁶ en grado de consulta la sentencia proferida por el *a quo*, hecho que no se realizó en la sentencia de la cual me aparto, sobre el tema se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión SL 2579-2022 así:

Al respecto, cumple recordar que esta Corporación, en las decisiones CSJ SL15202-2015, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3343-2020 puntualizó que por mandato del artículo 69 del CPTSS, el grado jurisdiccional de consulta procede cuando la sentencia de primer grado es desfavorable a la Nación, al departamento, al municipio o a las entidades descentralizadas en las que fuere garante la Nación y su apoderado no impugna los fundamentos del fallo, ya sea de forma total o parcial.

En ese escenario, el segundo sentenciador, más allá de una facultad, tiene el imperativo de estudiar la totalidad de la decisión, pues la falta de agotamiento de la consulta, genera que la providencia no adquiera firmeza y fuerza ejecutoria.

En los fallos CSJ SL, 8 sep. 2005, rad. 26614, reiterado en los CSJ SL15202-2015 y CSJ SL4041-2017, se ilustró que:

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece un grado de jurisdicción de consulta en dos eventos así:

El primero, cuando la sentencia de primer grado fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador y contra ella no se haya interpuesto recurso de apelación por la parte interesada.

El segundo, cuando la sentencia de primera instancia fuere adversa a la nación, el departamento o el municipio.

En este último caso, que es el que aquí interesa, para que proceda dicho grado de jurisdicción sólo es necesario que la sentencia sea desfavorable a una de las mencionadas entidades de derecho público, aun cuando contra la misma el apoderado que las represente interponga el recurso de apelación o que en igual forma proceda su contraparte. Es decir, que apelada o no, la decisión de primer grado, en cuanto fuere adversa, debe consultarse necesariamente con el Tribunal, por lo cual, si no se agota la consulta, la sentencia no puede adquirir su debida ejecutoria.

Ahora, la consulta, supone la revisión del fallo por parte del superior. En la hipótesis que se examina, cuando la decisión es totalmente adversa a la correspondiente entidad de derecho público, el ad quem resuelve sin limitación alguna. Cuando es parcialmente desfavorable, sólo se ocupará de ello a menos que la parte contraria haya interpuesto apelación.

Pero, se repite, en ningún caso, la consulta puede pretermitirse. En el asunto bajo examen, es claro que la sentencia de primer grado fue adversa al Departamento del Atlántico, por lo cual necesariamente debía consultarse con el Tribunal, quien podía decidir lo pertinente sin limitación alguna, como efectivamente lo hizo, aun cuando la demandante hubiese sido la única apelante. Y aun si ésta no hubiere apelado, la consulta igualmente tendría que haberse surtido a favor del ente público.

7

Bajo ese contexto, el juez colectivo no incurrió en los dislates de valoración que se le imputan, toda vez que del examen de las piezas procesales denunciadas se colige que el primer fallador emitió órdenes en contra de Colpensiones que, aunque devienen de pretensiones declarativas, sin duda implican obligaciones de hacer para la entidad, como las de recibir los dineros devueltos por parte de los fondos privados, activar la afiliación de la reclamante en el régimen público, sin mediar solución de continuidad y convalidar los tiempos correspondientes en la historia laboral a efectos de que en el futuro acceda a las prestaciones económicas propias de ese régimen, si a ello hubiere lugar.

Además, la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, con todas sus consecuencias, constituyen pretensiones inescindibles con las de retorno y activación en el RPMPD, cuyo estudio debe ser en conjunto, pese a que involucre a diversos sujetos procesales, lo que refuerza el convencimiento que la segunda instancia no erró al colegir que se trataba de genuinas condenas en contra de la entidad pública de aseguramiento social, en la medida en que la Nación es su garante, «dada precisamente la función que se le ha encomendado en el reconocimiento y pago de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida», conforme se dejó sentado en las providencias CSJ STL7382-2015, reiterada en la providencia CSJ AL4848-2015 y CSJ SL18270-2017.

Firmado digitalmente por
Acto Judicial

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO