



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 --: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.0012**, 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) **MARÍA VICTORIA PUERTA BETANCUR** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, bajo radicación **-019-2021-00165-01**, en donde se resuelve la **CONSULTA** y **APELACIÓN** presentada por la parte **demandante** en contra de la *sentencia No. 122 del 16 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO al RAIS, ORDENA a PROTECCIÓN devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art.13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993; también a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. A Colpensiones a recibirlo y expedir historia laboral actualizada y sin inconsistencia en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por el empleador o trabajador. Costas a cargo de las AFP demandadas.

Motivos de la condena: i) la jurisprudencia especializada ha ratificado que las administradoras de fondo de pensiones, también en su calidad de instituciones financieras están sometidas a las reglas del dto 663/93 y estatuto financiero, por tal razón, desde que se implementó el SGSS los fondos tienen en su cabeza el deber de información clara y transparente sobre el funcionamiento de los regímenes pensionales y debe ser promovida por personas cualificadas sobre la materia, que puedan llegar incluso a desmotivar al usuario si el traslado no es de su conveniencia; ii) dicha obligación que no solo nace durante la afiliación, sino incluso durante la vigencia de su afiliación- Sentencia del 9/9/2008 Rad. 31989, SL 12136/14, SL 1452/19, SL 3360/19- las cuales también ha reseñado que el hecho de que existan traslados horizontales, ello no convalida la omisión al deber de información en la afiliación inicial; iii) es el fondo de pensiones quien debe acreditar que adelantó las etapas necesarias para consolidar el negocio jurídico, entre ellos, la debida información; iv) Colfondos no allegó prueba que permita establecer como fue el proceso de la información ofrecida a la actora al momento de su afiliación, lo cual no se desvirtúa con los actos de relacionamiento realizados como los traslados horizontales realizado por aquella, los por el contrario, evidencian que la demandante no conoce el sistema; v) en el interrogatorio de parte tampoco se obtiene confesión que perjudique a la actora pues lo resaltado por ella, guarda armonía con la conclusión del Despacho; vi) por lo anterior, es viable declarar la ineficacia de la afiliación, debiendo Colpensiones recibirla junto con los aportes realizados al RAIS, expedir historia laboral donde consten las cotizaciones en ambos regímenes; vii) la prescripción es inoponible en la ineficacia del traslado, dado su nexo causal con un derecho fundamental e imprescriptible, como el de la pensión; viii) costas a cargo los fondos privados.

Apelación demandante: pide modificar el numeral 6º referente a la condena en costas a cargo de Colpensiones, toda vez que, operan por conducto del art 366 CGP para quien resulte vencido en juicio, si bien la entidad se vio obligada a acudir al proceso, no se allanó a lo probado, si no que excepcionó, realizó interrogatorio de parte, en tanto, desarrolla acciones procesales que justifican las agencias del derecho.

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. 011

La sentencia CONSULTADA y 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 (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 caso bajo estudio, lo que sí está probado es que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media al que perteneció desde el **12 de agosto de 1987** (pág. 109 del pdf 12 según Bono Pensional -Contestación Porvenir- Cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS, con **COLFONDOS** el **13 de septiembre de 1994**, luego con COLPATRIA el día 17 de diciembre de 1998, posteriormente con HORIZONTE en cesión por Fusión realizada entre estos últimos fondos el 29 de septiembre del 2000, para finalmente trasladarse a **PORVENIR** S.A. el día **24 de noviembre de 2000** (pág. 47 pdf 12 contestación Protección), 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 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 que se estudia la consulta a favor de Colpensiones 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, tal como lo dispuso el Juzgado, 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 estuvo 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). De otro lado, en lo que respecta a la apelación de la parte actora sobre la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones, 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.15 a 21 del pdf 08), 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.**, luego, sobre tal punto se modificará la sentencia consultada y apelada.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, queda superada la consulta a favor de Colpensiones, así como la apelación de la demandante, referente a la condena en costas a cargo de dicha entidad.

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. **MODIFICAR al numeral 5°** de la sentencia apelada, imponiéndose condena en costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- por su expresa oposición a las pretensiones de la demanda, a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo conforme las razones expuestas en el presente proveído.
- 2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada, en todo lo demás.
- 3. **Sin COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
SALVO VOTO


Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

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 analizar 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.

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.

Firma digitalizada para
Actos judiciales



Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Interrogatorio de parte (registro de audio Min: 13:10)

No recibió asesoría, dice que trabajaba en el sector financiero (Corporación Colmena) y era obligatorio estar afiliado al fondo de pensiones del grupo financiero. Cuando se firmaba el contrato ya estaba el formulario de afiliación, no tenía conocimiento de que podía retornar a Colpensiones. No ha solicitado proyección de mesada pensional, ni ha presentado queja ante Porvenir. Tampoco del derecho pensional.