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 25 de **MAYO DE 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. 98**, 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) **OLGA LUCIA ROJAS CALERO** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, bajo radicación **-002-2019-00015-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por la ***demandada COLPENSIONES*** en contra de la *sentencia No. 009 del 27 de enero de 2023 proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se ***declarar la ineficacia del traslado*** al RAIS, ORDENA a PORVENIR devolver al RPM todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada. A Colpensiones a aceptar el regreso Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: i) No desconoce el despacho que en efecto, la demandante suscribió formularios de afiliación con las AFP´s demandadas, no obstante, estas no acreditaron la forma en que fue ilustrada la demandante al momento de la afiliación al RAIS, como quiera que no allegó ninguna prueba que acredite que la misma recibió la respectiva asesoría; **ii)** no se le explicaron las ventajas y desventajas que acarrearía la decisión de trasladarse de régimen pensional, ni se le informó sobre el derecho al retracto y la posibilidad de trasladarse antes de vencido el termino para ello; **iii)** la carga probatoria a cargo de la entidad demandada; **iv)** No se extrae tampoco del interrogatorio de parte adelantado que las AFP hayan suministrado la debida información, pues según aquella obedeció a que era regla del empleador y que ISS iba a desaparecer; **v)** que el actor haya presentado traslados dentro del RAIS no desvirtúa tal posición, en tanto el acto inicial se encuentra revestido de ineficacia**; vi)** La AFP indujo a la demandante a cometer un error en el acto de afiliación, lo cual resulta suficiente para declarar la ineficacia del traslado de régimen; **v)** respecto la prescripción, esta no se extingue pues el acto inicial carece de efecto jurídico, pudiendo solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Apelación Colpensiones: **a)** Se demostró que la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria -art 13 literal b y e de la ley 100/93-, teniendo el tiempo suficiente para documentarse acerca del régimen más conveniente; **b)** La parte actora No demostró el vicio causal de nulidad en que incurrieron los fondos, razón por la cual no es posible la declaratoria de ineficacia y el traslado permanece incólume, surte efectos en el mundo jurídico; **c)** hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados al fondo de seguro previsional y gastos de administración; la obligación de recibir podría afectar directa o indirectamente a la entidad, por lo cual solicita revisar en su totalidad el marco jurídico por vulnerar a futuro la sostenibilidad financiera del sistema, **d)** respecto la condena en costas, indica que actuó conforme un deber legal.

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.

S E N T E N C I A No. 78

La sentencia APELADA debe **ADICIONARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional[1], situación sustancial que trae consecuencias

[1] La Sala acoge el criterio plasmado por la CSJ entre otras en sentencias SL1688-2019, SL3464-2019 y SL4360-2019, en cuanto a que se sanciona la falta al deber de información en cabeza de los fondos de pensiones con la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, conforme lo establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

propias de la seguridad social (ineficacia de traslado), lo que conforme al código civil apareja consecuencias transcendentales, 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 información[1], 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 pensional[2].

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 cabalmente[4], 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 administración[7] **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 traslado[8].

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 indefinida[10] 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 formulario[11].

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 la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media al que perteneció desde el **25 de mayo de 1984** (pág. 122 del pdf 06 Bono pensional – Cuad. juzgado), para luego movilizarse al RAIS, con **PROTECCIÓN S.A**. el **28 de febrero de 1995**, posteriormente a **PORVENIR** el **21 de marzo de 2002,** luego a **COLFONDOS S.A.** el día **22 de febrero de 2005,** para finalmente retornar a **PORVENIR** el **24 de marzo de 2010** (pág. 76 pdf 06 consulta Siafp Cuad. juzgado), 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 principialistica referida desde 1887 si no que se constituye legisladamente 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 2021[2], 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).**

En tal sentido se adicionará la sentencia recurrida y se ordenará a las AFP demandadas, efectuar la devolución de los rubros descritos, percibidos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada una, conforme autoriza el antecedente jurisprudencial analizado.

Finalmente, respecto de la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones, para la sala no hay duda que hay lugar a su imposición de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P**., teniendo en cuenta que dicha entidad como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (págs.05 a 12 del pdf 06).

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, queda superada la apelación de Colpensiones, referente a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional, la devolución completa de los conceptos percibidos por la AFP, así como de los gastos de administración y costas.

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 de Colpensiones 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

1. **ADICIONAR** el numeral 4° de la sentencia Apelada en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus respectivos rendimientos financieros. Así mismo, deberá devolver gastos de administración, el porcentaje destinado primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos durante el tiempo que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo. Estos últimos también a cargo de PROTECCIÓN y COLFONDOS durante el tiempo en que la actora permaneció afiliada a cada AFP.

2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás.

3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para Actos Judiciales Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
SALVO Y ACLARO VOTO

SALVAMENTO Y 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.

Por otra parte, salvo el voto frente a la condena en costas en contra de Colpensiones, toda vez que al resultar parcialmente favorable su recurso de apelación, no había lugar a dicha condena, conforme lo señalado en el artículo 365 del CGP.

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

En mi criterio sí procede el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, como en reiteradas decisiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo ha señalado. No obstante, en el presente caso se analizaron todos los elementos que debían estudiarse, nótese que se adicionó la sentencia y se dispuso devolver los gastos de administración, el porcentaje destinado primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, que fueron descontados de los aportes recibidos durante el tiempo que estuvo afiliado el actor en esa AFP, en ese orden aclaro mi criterio.

Firma digitalizada para Actos Judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO