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 **10** de **MAYO DE 2024**, 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. 159**, 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) **XIMENA JAVIVA WAPACHE RUIZ** en contra de **COLPENSIONES Y PROTECCION S.A** , bajo radicación 76001310501120220029101 , en donde se resuelve el grado jurisdiccional de la consulta a favor de Colpensiones en contra de la *sentencia No. 0211 del 27 de octubre del 2023 proferida por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se dispuso declarar: i) Declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad. ii) Condenar a PROTECCION S.A a reintegra a COLPENSIONES los aportes realizados por la parte demandante, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Además, a devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esas administradoras iii) Ordenar a COLPENSIONES a recibirlos. iv) Condenar en Costas a COLPENSIONES y a PROTECCION SA.

Motivos de la condena: i) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado desde la sentencia emitida en el año 2008 con radicado 31989 hasta la actualidad que es deber de las AFP informar al afiliado de forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales para que estos puedan tomar decisiones informadas, así mismo se ha precisado que la consecuencia a la omisión del deber de información es la consecuencia de la ineficacia del traslado (SL 2136 de 2014) **ii)** La jurisprudencia ha identificado los diferentes periodos frente a la exigencia del deber de información, desde el periodo de 1994 a 2009 que es el periodo en el que la demandante realizó el traslado, la obligación de la AFP era entregar la información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir libre y voluntariamente el régimen que mejor se ajustara a su interés, lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del Régimen de Prima Media y Régimen de Ahorro Individual. **iii)** En el expediente no se encontró ninguna prueba allegada por parte de la AFP que permita colegir que proporcionara una asesoría exhaustiva, completa y transparente de las implicaciones del traslado entre uno y otro régimen. **iv)** Declara la ineficacia del traslado del régimen pensional. Ordena a protección reintegrar todos los valores realizados por la parte demandante, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Además, a devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esas administradoras. A Colpensiones a recibirlo. Condena en costas a las demandadas.

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. 134

La sentencia CONSULTADA debe CONFIRMARSE, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional[1], situación sustancial que trae consecuencias 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).

Ahora, pese a considerarse por parte de la Sala no resultar procedente el estudio de la ineficacia del traslado en grado de consulta frente a Colpensiones, pues no hay desfinanciamiento del sistema[2] ni perjuicio alguno en su contra, cabe precisar que la Corte Suprema en proveídos de casación ha manifestado no existir perjuicio alguno en contra de los fondos privados al entenderse que los dineros materia u objeto de traslado no pertenecen a esos fondos, y por eso no procede el recurso de casación.

Es de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.

Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional.

En este evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.

Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de ineficacia, al punto que incluso si el juez no exterioriza sus efectos, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.

Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía con su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no traducen por sí solo condena pensional alguna, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado.

En este especial caso no se solicitó condena en contra de Colpensiones en relación con la ineficacia, sí que se dé cumplimiento al mandato de la ley de recibir, por lo tanto, no hay pretensión contra Colpensiones respecto de la ineficacia, no obstante, a lo anterior, como quiera que se le condenó en costas procesales, se considera obligatorio estudiar en consulta sobre ese punto.

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] 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.

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[3], 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[4].

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[5] 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[6], 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[7].

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 consecuencias8 (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[9] 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 prescripción de la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional.

En nuestra legislación no está consagrada la prescripción 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.

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 2020[10].

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[11] 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[12].

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 seguros. 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 que 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; del mismo modo debe indicarse proceder la ineficacia del traslado y no su nulidad, tal como lo destaca la jurisprudencia.

“. El examen del acto del cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, no se debe abordar bajo el prisma de las nulidades -la existencia de vicios del consentimiento error, fuerza o dolo-, pues el legislador expresamente consagró la forma en que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, esto es la ineficacia del acto de traslado, según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993” (SL1637-2020).

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 25 de diciembre de 1998 (pág. 233 HL Colpensiones pdf 08ContestacionColpensiones- cuaderno del juzgado), para luego movilizarse al RAIS, a PROTECCIÓN S.A. el 01 de enero del 2000 (pág. 32 pdf 07ContestacionDemanda -cuaderno del 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 i 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 principialística 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 impide 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, pues de conformidad con la sentencia SL3607-2022, Radicación n.° 88947 del 11 de octubre de 2022: "A diferencia de lo que estima Colpensiones, la declaratoria de ineficacia del traslado no desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala, tal declaratoria trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021), y con ello el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual a efectos de financiar las prestaciones que reconoce el régimen de prima media (CSJ SL2059-2022). Lo contrario contradice el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. "

No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta que el juez de conocimiento condenó en costas a Colpensiones, como ya se advirtió, procede el estudio referente a las costas de conformidad con el artículo 365 del C.G.P la Sala encuentra procedente su imposición en tanto que la administradora como parte pasiva se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (Pág. 10 y 11 Archivo pdf 06ContestaColpensiones20230802FI18-cuaderno juzgado), lo que impone confirmar la sentencia consultada.

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 No. 0211 del 27 de octubre del 2023, proferida por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
AUSENCIA JUSTIFICADA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO

Conforme al precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considero que, en los procesos en que se declara la ineficacia de traslado, procede el grado jurisdiccional de

consulta a favor de Colpensiones toda vez que implica para esta entidad obligaciones de hacer como es la reactivación de la afiliación del demandante, convalidación de los tiempos, el recibo de los recursos, y en su caso el pago de las prestaciones correspondientes.

Así lo ha señalado la alta corporación:

"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." (SL2579-2022).

No obstante, como en este caso se analizaron todos los puntos que debían estudiarse en el grado de consulta, acompaño la decisión confirmatoria.

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado