



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 **14 de JULIO 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 2020, se constituye en audiencia pública de juzgamiento No. **132**, 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 FERNANDA CÓRDOBA ARANGO** en contra de **COLPENSIONES EICE y PORVENIR S.A.**, bajo radicación **010-2022-00176-01** en donde se resuelve la **APELACIÓN** de las demandadas en contra de la Sentencia No. 210 del 01 de noviembre del 2022 proferida por el *Juzgado 10º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se declaró la **Ineficacia Del Traslado al RAIS** ORDENA a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, esto es cotizaciones obligatorias, con los rendimientos que se hubieren causado; los bonos pensionales si los hubiere recibido, al igual que los gastos de administración, comisiones, saldos de cuentas no vinculadas, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propios recursos. A Colpensiones a recibirlos. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: i) si bien es cierto conforme el art.13 ley 100/93 la afiliación es libre y voluntaria, no es menos cierto que dicha afiliación debe estar precedida de todo un componente de información clara y objetiva y sobre todo imparcial, debiendo privilegiar el derecho a la prestación digna del ciudadano y no a intereses de tipo económico de los fondos; ii) el deber de información desde su creación ha estado en cabeza de los fondos de pensiones, debiendo explicar beneficios y desventajas a su futuro pensional previa a la decisión de la afiliación y traslado al fondo de pensiones para que el usuario pueda establecer con certeza la conveniencia o no de la decisión-SL1688/2019 rad. 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, SL12136/2014, SL19447/2017, SL 16889/2019, SL 4964/2018, SL 4689/2018, SL1452-2019 y SL1421/2019 entre otras; iii) dicho deber no se sule con la simple firma del formulario de afiliación, toda vez que obedece a un formato preimpreso generado por la misma AFP que no imprime el componente de información en los términos de la CSJ; iv) frente a las consecuencias de la ineficacia, se establece que las cosas regresen a su estado inicial, trasladándose los recursos recibidos durante la permanencia en el fondo -SL 2921/22, rad. 27475 y 36301 entre otras; v) los traslados horizontales no ratifican la información ofrecida al trabajador por parte de la AFP -SL 1655/22-; respecto la prescripción alegada, indica que al ser la pensión derecho fundamental e irrenunciables, es imprescriptible. Razón por la cual, la ineficacia de trasladado puede ser demandada en cualquier tiempo; vi) de la prueba documental allegada no se evidencia que se hubiere informado en forma detallada los beneficios y limitaciones que producía el traslado al RAIS realizado por la demandante, desde su caso en particular y no de manera general, siendo las demandadas las llamadas a desvirtuar la falta de asesoría manifestada; vi) por lo tanto, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes

Apelación Colpensiones: a) El decreto 2241/10 el cual preceptúa unos deberes mínimos de los afiliados al SGP, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo es una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, la única manera de desvirtuar la regla legal, es demostrar un vicio en el consentimiento, -cita sl17595/17, además la ignorancia de la ley exime su cumplimiento -SL 693/03-; b) conforme lo establecido en el art 334 C.P. y dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen medidas de protección de los recursos del sistema pensional, en consecuencia, la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados; c) actuó de buena fe y ajustadas a derecho y la negativa al aceptar al retorno se hizo conforme preceptos legales -ley 100/93, por lo cual solicita de revoque la condena en costas.

Apelación Porvenir S.A.: a) para la época de la afiliación de la actora no existía obligación clara en cuanto al contenido del deber de información en los términos argumentados por el Juzgado, por lo tanto, la APF cumplió cabalmente con lineamientos de la ley 100/93 y sus decretos reglamentarios, no siendo dable la aplicación retroactiva

un deber de información que no se encontraba vigente al momento del acto de afiliación, de hacerlo, se atenta contra el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, además siendo la normatividad de público conocimiento, no puede la actora excusarse en su desconocimiento para eximirse de cumplirla; **b)** el deber de información es de doble vía, en tal virtud, la demandante no acreditó el deber de cuidado y diligencia tratándose de una situación tan trascendental como su futuro pensional; **c)** el hecho que la demandante presente solicitud de traslado cuando ya se encuentra inmersa en la prohibición legal y cerca al cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez, denota que su inconformidad no es por incumplimiento al deber de información, si no con las diferencias de mesada pensional que obtendría en cada régimen, **d)** el despacho no analizó que la actora no es una afiliada lega pues es profesional de la medicina, por lo que, no opera la asimetría de la información en los términos de la jurisprudencia, tampoco que realizó actos de relacionamiento que debieron ser tenidos en cuenta, concluyendo la improcedencia de la ineficacia declarada; **e)** frente a las consecuencias arrojadas precisa que, al declararse la ineficacia del acto de afiliación no es procedente la devolución de rendimientos pues se entienden no causados, así mismo, los gastos de administración están autorizados legalmente y se dedujeron de buena fe por parte de la AFP, operan para ambos regímenes pensionales y redundan en los rendimientos generados por la gestión del fondo de pensiones; los conceptos descontados con destino al pago de los seguros previsionales fueron destinados para tal fin, de manera que durante la permanencia de la actora en el fondo de pensiones, estuvieron cubiertos los riesgos asegurados (invalidez y sobrevivencia); al ordenarse la devolución con frutos, rendimientos e intereses causados se condena a un doble pago pues ya se había ordenado la devolución de rendimientos.

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. 108

La sentencia **APELADA** debe **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional¹, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (ineficacia de traslado), 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 social³ 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

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.

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 fundamentales⁵.

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 sí 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 **01 de marzo de 1995** (Pág. 159 pdf 10, pdf 14 HL Colpensiones y bono pensional pág. 117 pdf 06-cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS administrado por **PORVENIR S.A. el día 25 de septiembre de 1995** (pág. 114 pdf 06 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 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 cuales ordeno incluso de manera indexada); 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.

En lo que respecta a 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 (pdf 07- cuaderno del juzgado).

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, quedan superadas las apelaciones de presentadas por Colpensiones y Porvenir S.A., referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional, devolución de gastos de administración y sumas adicionales, así como la condena en 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. **CONFIRMAR** la sentencia Apelada, conforme se dijo en la parte considerativa de esta providencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de los demandados COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo mensual legal vigente (1SMLMV).

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
AUSENCIA JUSTIFICADA

ACLARACIÓN DE VOTO

En mi criterio procedería 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 de fondo que debían estudiarse.


Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO