



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

Hoy **22 DE FEBRERO 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 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No.57**, 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) **SANDRA YANETH VARGAS RODRÍGUEZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, bajo radicación **-012-2022-00612-01**, en donde se resuelve la CONSULTA a favor de COLPENSIONES respecto de la condena en costas y **APELACIÓN** presentada por la demandada PORVENIR S.A. en contra de la *Sentencia No. 175 del 08 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se declara la ineficacia del traslado al RAIS y de todas las afiliaciones que haya tenido a administradoras del mismo y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ORDENA a PROTECCIÓN devolver al RPM el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar. Así mismo, a ambas AFP's devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: i) Conforme la línea jurisprudencia de las Salas ordinarias de la CSJ, se ha definido que el art.11 del dto 692/94 implica que la selección del régimen se debe realizar de manera libre y voluntaria por parte del afiliado, debiéndose verificar la información suministrada al momento de la afiliación al RAIS; ii) en ese desarrollo, obra formulario de vinculación inicial, documento que no es prueba suficiente para demostrar el consentimiento informado en los términos de la sentencia STP 12082/2019, en ese orden, era obligatorio para la entidad haberle mostrado de manera detallada el panorama completo del nuevo régimen al que se estaba afiliando y no solo informar sobre los beneficios, sino también las consecuencias adversas principalmente en materia de capital y condicionamiento para acceder a las prestaciones económicas similares en el RPMPD; iii) conforme las pautas brindadas por la CSJ, el fondo privado no demostró qué información recibió la usuaria al momento del traslado, por lo que tal carencia da a entender que no se cumplieron con esos lineamientos; iv) No puede indicarse que la decisión de la actora fue verdaderamente libre, y si bien no se puede alegar engaño, como lo pretende alegar la accionante, no existió una decisión coherente y estudiada sobre la trascendencia del acto jurídico que estaba realizando; v) así las cosas, debe dejarse sin efectos dicho traslado conforme las sentencias SL 1688/2019, SL 2817/2019 y SL 5686/2021, línea J que establece la carga probatoria en cabeza de las AFP, la inoperancia de la prescripción y las consecuencias de la ineficacia, de modo que es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes con sus rendimientos, gastos de administración etc. Costa a cargo de la parte vencida en juicio.

Apelación Porvenir S.A.: a) Asegura que la entidad actuó con buena durante la afiliación y traslado de régimen de la actora, el cual se realizó de manera libre y voluntaria como se expresa en el formulario de afiliación, documento que constituye prueba suficiente para demostrar la libertad de escogencia de la accionante; b) cumplió a cabalidad con las obligaciones a su cargo tanto legales, como reglamentarias para la época; c) el objeto de reclamo por la parte actora fue el acto de afiliación, es decir, no está en discusión la causación del derecho pensional, por lo cual es susceptible de prescripción en los términos de los art 488 CST y 151 CPTSS; d) conforme las normas legales de las restituciones mutuas, a quien se ordena restituir o devolver un bien -sumas de la cuenta de ahorro-, igualmente debe devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien e incrementarlo; e) referente a la devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional considera un imposible jurídico, como quiera que las APF están facultadas expresamente por la ley 100/93 arts . 20 y 60, dichos dineros ya fueron causados y utilizados, por lo que se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor

de Colpensiones; **f)** en cuanto a la indexación de condenas considera que esta solo se reconoce respecto gastos de administración, conforme precedente jurisprudencial- cita sentencia 180 del 20 sept 2020 M.P Oliver Galé.

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.48

La sentencia APELADA y CONSULTADA 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).

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 sistema² ni perjuicio alguno en su contra, como en este evento hubo condena en COSTAS en su contra, 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.-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.

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.

² SL3607-2022, Radicación n.º 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."

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 petitionarse 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 el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media al que perteneció desde el **31 de agosto de 1990** (Pag.9 pdf 02 HL Colpensiones y bono pensional pág. 32 pdf 15 -Cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** el **06 de junio de 1994** para finalmente presentar solicitud de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** el **20 de agosto de 2013** (pág. 53 pdf 15 contestación Protección -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 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 PORVENIR lo haga, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

De otro lado, respecto a la apelación presentada por Porvenir S.A., es claro que no opera el fenómeno de la prescripción, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48° Constitución Política** y como lo ha expuesto la **Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1688 del 2019**, que al respecto considero: *“que la acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible” (...)* *“No prescriben los hechos o estados jurídicos, pero si los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. (...) Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza por que desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídicos...”* .

En cuanto a la oposición de la devolución de los gastos de administración indexados, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688 MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Duque, consideró: *“Está probado que la AFP accionada consigno al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, (f. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia que hubiere devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración lo cuales según expuso las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep.2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 Y CSJ 1421-2109, debe asumir con cargo a sus propios recursos. En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.”*

Fundamento que se suma a lo ya considerado sobre de la procedencia de la actualización de condenas, resultando desafortunada la apelación de la AFP privada.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, queda superada la apelación de Porvenir S.A., referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional y la devolución de los gastos de administración y demás rubros condenados.

Ya en el estudio de la consulta 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 (págs. 26 a 27 y 43 a 45 del pdf 13 cuaderno juzgado).

Finalmente, como se expuso líneas atrás, para la Sala no hay lugar a estudiarse la consulta, por un lado, cuando se presente por parte del fondo publico recurso de apelación, en razón a que este y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia,

y por otro lado, como ocurre en el presente asunto, con la declaratoria de la ineficacia del traslado, pues no hay desfinanciamiento del sistema³ ni perjuicio alguno en su contra.

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, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada **PORVENIR S.A.**, favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV) para cada una de las demandadas.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
Acto Judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

³ SL3607-2022, Radicación n.º 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."

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
Acto Judicial
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

ACLARACION DE VOTO

Si bien se señala en uno de los últimos párrafos de la parte motiva que no hay lugar a estudiar la consulta a favor de Colpensiones, esto solo se tiene como un error de redacción toda vez que fueron analizados todos los elementos objeto de estudio en el grado jurisdiccional de consulta. Incluso se analizó la procedencia o no de la condena en costas de Colpensiones, sin esta haber apelado.

Firma digitalizada para
acto Judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

Magistrado