



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

Hoy 29 de **NOVIEMBRE 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 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 311**, 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) **LUIS NEVIO JARAMILLO MACIAS**; en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, bajo radicación **-017-2021-00411-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por las **demandadas** en contra de la **sentencia No. 44 del 19 de septiembre del 2022** proferida por el **Juzgado 17º Laboral del Circuito de Cali**; en dicha providencia se **declarar la ineficacia del traslado al RAIS**, con **PORVENIR S.A.** en el año 1998 y luego **PROTECCIÓN** en el año 2010 retornando en consecuencia, al **RPMPD** actualmente por **COLPENSIONES**. Ordena a **PROTECCIÓN** transferir a **COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de **PROTECCIÓN** este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado el actor con el **RAIS**. De igual manera se ordenará a **PORVENIR S.A.** que remita con destino a **Colpensiones** lo correspondiente a los gastos de administración que se generaron por la afiliación del actor con esa entidad. A **Colpensiones** a recibirlo. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: **i)** La jurisprudencia de la CSJ ha sido pacífica en establecer en cabeza de los fondos de pensiones deber de información SL 1452/2019-; **ii)** se demostró que la AFP demandada incumplió con el deber de proporcionar la debida información al actor, situación que no se puede evidenciar por la simple suscripción del formulario de afiliación, si no con un despliegue probatorio más amplio que permita observar el grado de conocimiento del mismo para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen-inversión de la carga probatoria-, en consecuencia deberá declararse la ineficacia de la afiliación al **RAIS**; **iii)** frente al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, no milita prueba del reconocimiento, no siendo óbice para negar en este evento la ineficacia del traslado, sanción derivada por la violación al consentimiento informado en los términos de la sentencia SL1888 y SL3464, **iv)** a la fecha el dte no ostenta el estatus de pensionado que en materia del **RAIS** se presenta no solo cuando se expide la garantía de pensión mínima, sino cuando el afiliado que pasa a ser pensionado ha seleccionado la modalidad pensional de la cual pretende beneficiarse y empieza a devengar la prestación -SL1309/2021- analizó que en estos eventos no se predica analogía de la SL 373/2021 en la cual se estableció la imposibilidad de la ineficacia para pensionados, por lo que al no configurarse tal estatus será declarada la pretendida ineficacia; **v)** ordena el traslado de todos los valores recibidos por concepto de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, así como los gastos de administración debidamente indexados, por parte de **Colpensiones** recibirlo. Costas a cargo de las demandadas.

Colpensiones: **a)** actualmente el actor cuenta con más de 52 años de edad y, para la fecha de traslado al **RAIS** se encontraba en pleno derecho de realizar dicha afiliación, lo cual indica que la entidad realizó el procedimiento acorde a la ley, por lo que de haberse negado al traslado estaría incurriendo en una vulneración a su derecho a la libre elección; **b)** el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 100/93.

Apelación Porvenir: **a)** para la época del traslado no existía ningún tipo de obligación en cabeza de las AFP a efectos de realizar proyecciones pensionales, comparativos o llegar incluso a desincentivar la afiliación al **RAIS**, esos criterios corresponden a etapas posteriores del desarrollo normativo en relación con el deber de información y, en atención a ello, no resultaría viable la aplicación de derroteros posteriores y que no estaban vigentes a la fecha de vinculación para efectos de analizar la eficacia o no del traslado régimen pensional; **b)** el

actor no solamente se vinculó al RAIS, sino que también realizó múltiples traslados horizontales al interior del mismo, lo que denota su conocimiento en relación con las condiciones y características del régimen pensional; las cuales son de consagración legal y por ende, de conocimiento público; **c)** de acuerdo con el artículo 20 de la ley 100/93 mod. por la ley 797/03, los gastos de administración corresponden a una deducción de naturaleza legal que opera para ambos regímenes pensionales; no están destinados a la financiación de la mesada pensional, siendo importante señalar que en el RAIS, estos gastos se ven reflejados en hechos tales como: i) la creación de la cuenta de ahorro individual, ii) la posibilidad del usuario de acudir a medios de información virtuales o presenciales y, lo más importante, iii) a la administración del capital, lo que le permitió al actor la generación de unos rendimientos económicos que acrecieron su cuenta de ahorro individual y que en el fondo público no se habrían generado. En todo caso, no puede desconocerse en la sentencia el ejercicio profesional realizado por parte de la AFP, lo cual redundó en la generación de rendimientos económicos; **d)** considera que no es pertinente ordenar la devolución tanto de gastos de administración, como los aportes económicos que fueron precisamente la consecuencia de la administración realizada por parte del fondo, por lo que solicita se revoque la condena impuesta en relación con los gastos de administración.

Apelación Protección: **a)** solicita revocar las condenas impuestas frente a la devolución de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, porcentaje de garantía de pensión mínima y otros emolumentos, toda vez que, actuó conforme la Constitución y la ley si se tiene en cuenta que la comisión de manejo de aportes obligatorios es de consagración legal - artículo 60 de la ley 100/93- donde se señalan las características del RAIS, en ese orden, **b)** si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, no se administró los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos no se causaron y tampoco se cobró una comisión por dicha administración, a su vez, si esa comisión nunca se debió haber descontado tampoco debieron de existir unos rendimientos, reiterando que, el devolver a Colpensiones los aportes del demandante junto con los rendimientos generados y adicional las comisiones de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

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. 239

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,

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.

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 el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media al que perteneció desde el **11 de marzo de 1993** (pág. 747 pdf 24, pdf 07 HL Colpensiones y pág. 18 pdf 06 y pág. 45 pdf 05 -Bono pensional- cuaderno del juzgado), para luego movilizarse al RAIS con **PORVENIR S.A.** el **09 de septiembre de 1998**, luego con **COLMENA** el **04 de septiembre de 1999**, entidad que realizó cesión por fusión con **ING pensiones hoy PROTECCIÓN S.A.** el **04 de enero del 2000** y, finalmente con **PORVENIR S.A.** el **21 de junio de 2005** (pág. 32 pdf 23 consulta SIAFP- 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) 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**).

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 (tal y como lo ordenó el juez de instancia); 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 los fondos privados hagan, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

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 así que, bajo las consideraciones anteriores, quedan superadas las apelaciones de las demandadas, 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.

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, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo (1 SMLMV).

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

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

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
Acto judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

MAGISTRADO.

LUIS NEVIO JARAMILLO MACIAS; en contra de COLPENSIONES y otro
Radicación -017-2021-00411-01