



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

Hoy **19 ABRIL 2024**, siendo las **2:00PM**, la Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por el suscrito quien la preside **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** en compañía de los magistrados **Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO** y el **Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, y previa discusión y aprobación en sala virtual, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 139**, dentro del **Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia** adelantado por **ANA MARIA ESPINAL SÁNCHEZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A** y **PROTECCIÓN S.A.** bajo radicación N° 760013105-017-2021-00111-01.

En donde se resuelven las APELACIONES de **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** en contra de la **sentencia No 192 del 24 de noviembre de 2021** y su adición de **sentencia 192 A del 06 de diciembre de 2021**, proferida por el **Juzgado 17° Laboral del Circuito de Cali**, mediante la cual **DECLARA** la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora **ANA MARIA ESPINAL SANCHEZ HOYOS**, de condiciones civiles conocidas en autos, con **PROTECCIÓN S.A.** en el año 1995 y posteriormente con **PORVENIR S.A.** en el año 2000, retornando en consecuencia, al régimen de prima media actualmente de **COLPENSIONES**. **CONDENA** a **PORVENIR** transferir a **COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora **ANA MARIA ESPINAL** 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, este último rubro con cargo a su propio patrimonio y por todo el tiempo que permaneció afiliado la actora con el RAIS. Así mismo, se ordenará que **PROTECCIÓN** traslade la totalidad de los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio presupuesto por todo el tiempo que duró la afiliación con esta AFP.. **ORDENA** que la **COLPENSIONES** reciba la afiliación al régimen de prima media junto con la totalidad de saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual. **CONDENA EN COSTAS** a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN** y **PORVENIR** a favor del demandante. **DISPONE** la remisión de este expediente en **CONSULTA** al haberse impuesto condena en contra de **COLPENSIONES**. **ADICIONAR LA SENTENCIA** No. 192 respecto de la petición de pensión de vez elevada por la demandante frente a **COLPENSIONES** conforme indican las consideraciones que anteceden. **DECLARA PROBADA** Las excepciones de inexistencia de la obligación de cara a la petición de retroactivo pensional y de intereses de mora y como no probadas las demás excepciones de cara a la pensión de a cargo de **COLPENSIONES**. **CONDENA** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar en forma vitalicia, una pensión de vejez, en aplicación del del Art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, desde el 19 de octubre 2019, fecha en que cumplió la demandante los 57 años de edad, momento en el cual contaba con mas de 1.300 semanas cuyo IBL equivale al promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, de acuerdo con el que resulte más favorable para la demandante, cuyo monto será acorde con la densidad de cotizaciones aplicando la fórmula del Art. 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 10 de la Ley 797 de 2003, a razón de 13 mesadas anuales, pero estando condicionado el disfrute de la pensión al retiro del riesgo de pensiones, momento en el cual y para efectos del cómputo de su pensión se deberá incluir hasta la última semana cotizada, conforme a las motivaciones que anteceden. Costas a la parte vencida frente a esta únicamente esta pretensión **COLPENSIONES** a favor de la demandante.

Apelación Protección: 1) procedemos a interponer recursos o apelación frente a la sentencia en lo que tiene que ver con la ineficacia de la filiación por las siguientes consideraciones, lo primero que debemos indicar es que los gastos de administración se encuentran debidamente utilizados para su descuento normado en la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, los fondos de pensiones, pues generan unos rendimientos, esos rendimientos se ven claramente evidenciados en la cuenta de ahorro individual, por lo cual no se considera que se va a generar una ineficacia de la afiliación Cuando hay unas actividades que efectivamente denotan una rentabilidad de El portafolio o de la cuenta de ahorro individual., 2) en este caso observamos unos actos de

relacionamiento, que se encuentran debidamente sustentados a través de la sentencia SL 3752 del 2020 que denota que existen comportamientos actos de relacionamiento en los cuales en los casos en que se genera una afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados estables, como presentar solicitudes de información de saldos, autorización de datos, asignación de cambio de claves y traslado entre administradoras. En esos casos estos comportamientos la tesis de esa sala es que esos actos denotan el interés o el deseo del demandante de permanecer el RAIS, esto es un acuerdo unilateral de voluntad proveniente de la afiliada y esto da plena validez al acto jurídico de otro lado, y niega por completo la nulidad del mismo por un Vicio de consentimiento, pues como puede notarse en estos actos de relacionamiento, en el cual es la demanda estuvo afiliada a protección, pues podemos verificar que existieron diversos traslados entre FP del raíz y que no demostró su intención la demandante de retornar a Colpensiones., **3)** A los gastos de administración, pues también queremos hacer referencia a que el artículo 1746 del Código Civil a la de los efectos de la declaratoria de nulidad la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada dadas las partes del Derecho para ser restituidas al mismo, al mismo Estado en que se deberían, si no hubiera existido el acto o contrato nulos, sin perjuicio lo prevenido, pero el objeto cause ilícita en las instituciones mutuas que deben de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de la especie de o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejores necesidades útiles voluntarias, tomándose en consideración los casos constructos en la posición de buena o Adicionalmente, pues como lo dije frente al cobro de la frente a la evolución del seguro provisional, este también se encuentra autorizado en ley 100 de 1993 fue debidamente reglamentado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, a su vez, se encuentran los decretos 876 y 661 del 94, las cuales fijan las reglas particulares aplicables al seguro, que tiene que ver con la cobertura del riesgo antes mencionaba, nada tiene que ver con la pensión de vejez, por lo cual solicitamos que no se tenga en cuenta la solicitud de devolución de dichos dineros a Colpensiones, aún teniendo en cuenta que dichos dinero fueron girados directamente a la aseguradora y protección no quedó con ningún valor del mismo, o sea, en ese sentido dejo sustentado el recurso de apelación para que sea atendido por el Tribunal.

Apelación Porvenir: **a)** Interpongo recurso de apelación contra la sentencia, en efecto, el despacho de instancia ordenó declarar como ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, es importante tener en cuenta un aspectos Señoría, y es que cuando hablamos de ineficacia se tiene que esta figura opera cuando al momento de la celebración del acto jurídico no está presente un requisito de la esencia sin el cual él mismo no produce efectos o no nace a la vida jurídica, y lo cierto es que a criterio esta defensa la omisión al deber de información o el deber de información no hace parte precisamente de la esencia de ese acto jurídico norma que habla de ineficacia en estricto sentido en temas pensionales es cuando se presentan conductas dolosas, ya sea por parte del empleador o de un privado, en este caso sería mi defendida Porvenir que van en contra vías del derecho de afiliación de los ciudadanos colombianos, en este caso la parte actora y sobre el particular se tiene, pues, que en efecto de la redacción de dicha norma se debe entender entonces la ineficacia o se debe analizar desde la perspectiva de una conducta dolosa o malintencionada. Más no es del ámbito del deber de información y aquí no se acreditaron las conductas dolosas., **b)** la actora suscribió el formulario de forma libre y voluntaria y de su contenido se extrae que fue asesorada en todos los aspectos del RAIS para su decisión, incluso se dice en el formulario que recibió asesoría del régimen de transición y el derecho de retracto, quedando entonces conforme con la información pues no manifestó nada al respecto, quedando un acto de ratificación como lo dice la Sala Laboral de la corte., **c)** en los contratos de seguros hay obligaciones recíprocas y debió el actor informarse sobre el tema, de la información que se le suministraba., **d)** Pese a que el fallo digamos que no tuvo en cuenta la reacción de la del artículo 171 de la Ley 100 de 1993, pues tampoco tuvo en cuenta un aspecto fundamental que lo conlleva, digámoslo así, a imponer la condena por concepto de gastos de administración. Y esto es que se desconoce, pues por completo la naturaleza jurídica de mi representada en la cual es una administradora de fondo de pensiones que evidentemente tiene que cobrar unos gastos de administración por la gestión que realizó en el caso de la parte actora en relación con el cuidado y custodia de los dineros que aportó a su cuenta de ahorro individual durante tanto tiempo, razón por la cual tenemos que condenar a mi defendida, a reconocer y entregar a Colpensiones unos dineros con los cuales colpensiones no realizó ningún tipo de gestión siendo un enriquecimiento sin justa causa y un empobrecimiento de la defendida. Los gastos de adm tienen mandato legal y una destinación que se cumplió a cabalidad durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS, esas sumas fueron invertidas como lo dice la ley y ya no están en poder de Porvenir, fueron destinadas a cubrir esos gastos.

Es bueno recordar que la base fáctica y jurídica del distanciamiento en el presente proceso ha sido plenamente conocida discutida por las partes, así como la sentencia dictada por el a quo, por lo cual procede la Sala de Decisión a dictar la Providencia que corresponde atendiendo a las preceptivas legales.

SENTENCIA No. 114

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **MODIFICARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (ineficacia y pago de los derechos pensionales), lo que

conforme al código civil apareja consecuencias trascendentales, pues deja sin efectos el traslado viciado (indebida información).

Pese a considerar 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, por un lado, desfinanciamiento del sistema¹ ni perjuicio alguno en su contra, pero como en este evento si hubo condena pensional en su contra por pensión de vejez, obligatorio resulta estudiar en consulta esa condena pensional.

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.

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 información², 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 pensional³.

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**⁴ de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

3

¹ **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. “

² **El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) “Noción de buena fe:** La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados”... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

³ **Rad. 31314 de 2008:** “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. “Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. “Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

⁴ **T-427 de 2010:** 5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen

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 cabalmente⁵, 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**⁶.

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 consecuencias⁷ (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 administración⁸ **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

medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.
5SL r. 3114DE 2008.

⁶ **sentencia SL 2817/2019:** En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

⁷ . En pronunciamientos anteriores, la Sala de Casación Civil ya había manifestado, con alguna suerte de sutileza, su sentir en cuanto al reconocimiento de los diversos temperamentos de la ineficacia, en tanto ya distinguía diversas concreciones de la ineficacia negocial, en particular, la nulidad, inexistencia, resiliación y resolución. Sobre este punto, Cfr. Cas. 15 de junio de 1892, VII, p. 261; cas. 15 de marzo de 1941, L, n.º1967-1969, p. 802 y ss; cas. 15 de septiembre de 1943, LVI, n.º 2000-2005, p. 125 y 126; cas. 18 de septiembre de 1944, LVII, n.º 2010-2014, p. 580; cas. 2 de julio de 1963, CIII-CIV, n.º 2268-2269, p. 76 y 77; cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 138 y ss. De forma más reciente, la Sala de Casación Civil ha hecho ahínco en las diferencias que dimanar de las diversas categorías de ineficacia, Cfr. cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 20-29; cas. 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286- 31-84-001-2005-00238-01, p. 18-21.

⁸Sentencia Rad. 31314 de 2008

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.

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 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 el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el (a) demandante estuvo afiliado en el RPM en **marzo de 1984**, realizando traslado al RAIS administrado por **PROTECCIÓN** en **agosto de 1998**, movilizándose por la cesión entre fondos privados a **PORVENIR** en **enero del 2000**, **HORIZONTE** hoy **PORVENIR** en **agosto de 2006** y finalmente en **enero de 2014**. Sin embargo, contrario a lo afirmado por

9 La Sala Novena de Decisión concluyó, entonces, que la indebida aplicación normativa, así como la falta de apreciación probatoria en su conjunto, configuran una vulneración al derecho fundamental debido proceso, así como al derecho fundamental a la seguridad social, en su dimensión de derecho a la pensión y los principios de libertad de elección e información.

10 sentencia SL 2817 de 2019

11 Sentencia Rad. 31314 de 2008

los fondos apelantes, se echa de menos en las piezas procesales la debida información al momento de su traslado al RAIS, lo que hace procedente la declaratoria de la instancia sobre la ineficacia de la misma con la devolución de los dineros ordenados en la instancia, conforme las disposiciones expuestas en la presente providencia (pág. 4 archivo 02 AnexosPruebas, pág. 53, 57 y 68 archivo 23contestacionPorvenir; cuaderno 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 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**).

De modo igual cabe señalar al demandante, que la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora no traduce en automático reconocimiento de los beneficios pensionales que consagre la norma en el régimen pensional al que se afilie, pues para el otorgamiento de cualquier prestación del sistema, es exigencia indispensable el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos pensionales consagrados en la norma, lo que en su momento debe soportarse ante el fondo pensional al que pertenezca la demandante.

Es de ver que, la orden de invalidar la afiliación al sistema no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas por no haber administrado los mismos, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones (tal y como lo ordenó el juez de instancia quien incluso lo hizo en forma indexada); de modo que esa llegada al régimen da lugar a recibir en el momento en que el fondo del RAIS lo haga los dineros correspondientes. Solo que, en este evento, el juzgado al considerar cumplirse los requisitos pensionales se condena a la prestación por vejez, pero este derecho cuenta con el cúmulo de semanas para su financiación, teniendo en cuenta los IBC con los cuales se llevaron a cabo cada una de las cotizaciones, sin que haya necesidad de esperar a trámites administrativos pensionales ya realizados por la judicatura.

Sumado a lo anterior, lo apelado como lo fue, la devolución de todos los dineros debidamente indexados, para la Sala tal predica resulta procedente, tal y como lo ha pregonado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

SL1025-2023, Radicación N° 93527 del 09 de mayo de 2023:

“De ahí que deben impartirse los efectos jurídicos que conlleva tal determinación, frente a lo cual se ha precisado que:

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).

...

Lo anterior incluye el reintegro a Colpensiones, de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Es así que en el caso de las administradoras del RAIS que tuvieron y tienen a su cargo el recibo y administración de los aportes del demandante, eso incluye todos y cada uno de los valores que haya recibido por concepto de aportes, gastos de administración, seguros previsionales, entre otros descontados y recibidos durante el tiempo que estuvo afiliado en su administradora (**sentencia SL 4782 de 2021**¹²(**SL3156-2022, SL3155-2022, SL2177-2022**)) deben devolver a COLPENSIONES todos estos rubros, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, es decir, la actual administradora el capital de la cuenta individual del Rais de las cotizaciones efectuadas y los rendimientos financieros, y las que tuvieron en su momento afiliado al actor, 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, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, 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**).

Es por lo anterior que no proceden las apelaciones de las demandadas.

DERECHO PENSIONAL.

7

Ya en consulta sobre la condena del derecho pensional en contra de Colpensiones, es de manifestar tal y como se dijo en desarrollo de la procedencia de la ineficacia, la cual tiene como consecuencia el traslado a COLPENSIONES de todos los dineros que recibieron los fondos del RAIS, incluso con los rendimientos y demás dineros que recibieron, por lo que no hay razones para que COLPENSIONES, recibiendo las cotizaciones del actor, no reconozca el derecho pensional, cuando, tal y como se estudió por la instancia y se verificará en alzada, se determinará si cumple o no con los requisitos pensionales, con cotizaciones que sí recibió el sistema pensional, los aportes se hicieron y no por el hecho de no haber sido administrados por la entidad que reconocerá el derecho se deba limitar su concesión, debiendo la administradora a quien se le da una orden judicial, cumplir las condenas que le sean impuestas como consecuencia del estudio realizado por la judicatura.

Ahora bien, aplicado como lo fue por el juzgado lo referente a los requisitos pensionales con la **ley 797/2003**, y sobre la que se expresa encontrarse configurado el derecho del actor, se tiene que el cumplimiento de los **57 años** de edad el **17 de octubre de 2019**¹³ y **las semanas** alcanzadas con el tiempo cotizado al RPM y las del RAIS, conforme la historia laboral aportada por PORVENIR es de un total de **1.847 semanas**, superando el mínimo de las mil trescientas exigido por la norma, siendo la última cotización reportada en el proceso, en **mayo de 2021**¹⁴. Dando lugar al reconocimiento pensional a partir de la fecha dispuesta por la instancia, con **13 mesadas** al año por ser una prestación en vigencia del AL 01 de 2005, condenas favorables para la demandada para quien es la consulta a su favor.

¹² SL 4782 de 2021 “En ese mismo sentido, se adicionará el numeral segundo del fallo de la primera instancia, en el sentido de señalar que, la AFP SKANDIA S.A., debe trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”

¹³ Nació el 19 de octubre de 1962 - pág. 9, archivo 02Anexos; cuaderno juzgado

¹⁴ pág. 35, archivo 23contestacionPorvenir; cuaderno juzgado

No pierde de vista la Corporación que en estos casos de las pensiones de vejez con ley 797 de 2003, es importante incluir todas las semanas de cotización debido a que tiene la posibilidad de mejorar su mesada pensional y poder llegar a la tasa máxima del **80%** dispuesto por la norma.

Pensión que debe liquidarse el IBL con el **art. 21 de la ley 100 de 1993**, el de los últimos 10 años o toda la vida laboral, cual sea más favorable como lo dispuso el juzgado, para una tasa de reemplazo con la inclusión de todas las semanas de cotización y aplicando la fórmula del **art. 34 de la ley 100/93**.

El retroactivo pensional no está prescrito por ser liquidado hasta la última cotización, luego no recae frente a él los 3 años de que trata el **art. 151 CPTSS**.

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 y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas apelantes a favor de la demandante. Se fijan como agencias la suma un salario mínimo legal mensual vigente a esta providencia, para cada una.

SE NOTIFICA EN ESTRADOS

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

8

Firma digitalizada para
Actos judiciales

Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
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, acompañó la decisión confirmatoria.

El Magistrado

Firma digitalizada para
Actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

ACLARACIÓN DE VOTO

En mi criterio procedería el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones frente a la ineficacia, 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



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO