



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 **15 DE MARZO DE 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.95**, dentro del proceso **ordinario laboral de Primera Instancia** adelantado por **OSCAR DANILO JIMENEZ** en contra de **COLPENSIONES y PORENIR S. A.**, bajo radicación N° 76001-3105-012-2020-00030-01.

En donde se resuelve la apelación de **COLPENSIONES, PORVENIR** y el **DEMANDANTE** en contra de la **sentencia No 058 del 19 de marzo del 2021**, proferida por el *Juzgado 12° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual se declara la INEFICACIA del TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor OSCAR DANILO JIMÉNEZ de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, de COLPENSIONES, sin solución de continuidad. CONDENAR a PORVENIR a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el señor OSCAR DANILO junto con los gastos de administración, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, si los hubiere, con todos sus frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del C.Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos aquí mencionados. SIN COSTAS a cargo de COLPENSIONES. COSTAS a cargo de PORVENIR en favor del accionante. SEXTO: NO PROCEDE el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, como quiera, que no se impone respecto de ella condena alguna.

Razones del juzgado: i) la libre escogencia de régimen es un derecho del trabajo, de ahí la importancia que las administradoras realicen la información necesaria para tener la mayor transparencia en las operaciones que realicen, ii) con el decreto 663 de 93 se exigía y así poder tomar decisiones informadas, surgiendo en el esquema el deber de asesoría por parte de las AFP existiendo normas y conceptos sobre la doble asesoría y acompañamiento e interacción con el asesor que le permita al afiliado la toma de una decisión responsable acorde con la ley 1328 de 2009 y el decreto 2171 de 2015, como también lo ha manifestado la corte suprema SL 1452 de 2019, iii) en cuanto a las consecuencias de la ineficacia, la corte en esa sentencia refiere que la afp debe devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, con todos sus frutos y rendimientos que deben asumirse por la misma administradora con cargo a su propio patrimonio y en esos asuntos le corresponde a la afp la carga de la prueba de la debida información, iv) de la documental recaudada se destaca que la actora se afilió al rpm y se trasladó a porvenir en 1998 pero en las pruebas no se encuentra que porvenir le dio información suficiente y clara para ilustrarle las consecuencias del cambio al rais o que se le garantizara la doble asesoría generando la desinformación y por ello se declara la ineficacia al traslado al rais con el traslado de la totalidad del dinero como hizo alusión la corte.

Apelación Demandante: se revoque y condene en costas a Colpensiones porque si bien la entidad en el trámite administrativo no podía revocar el traslado del actor, al contestar la demanda se opuso a los hechos y pretensiones y formuló excepciones de fondo resueltas desfavorablemente y aunque sea llamada en un tercero,

la entidad hizo oposición y con el art. 365 CGP en todo proceso si hay un vencido como Colpensiones debe condenarse en costas.

Apelación Colpensiones: se revise el fallo para que se revise en consulta porque al sentir del abogado, si se están imponiendo unas condenas a favor de Colpensiones sino que son obligaciones de hacer, sin embargo esas condenas, además hay una condena accesoria del reconocimiento del subsidio económico que reconoce el estado colombiano par cualquier persona que se pensiones en el régimen de prima media, y como aquí se está ordenando recibir la persona y reconocer la eventual prestación de vejez, indirectamente se está reconociendo un derecho económico que da lugar al otorgamiento del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, siendo en ese sentido la apelación que revise en grado jurisdiccional de consulta el proceso.

Apelación Porvenir: a) la información para el traslado del demandante fue de manera verbal y no había en ese momento obligación de dejar documentada la información, siendo el formulario la única exigencia y no puede entonces ahora aligarse que ese documento no es prueba suficiente, b) porvenir cumplió con la obligaciones a su cargo con el decreto del año de 1994 que establecía un deber de información distinto al alegado en la demanda, la información escrita es a partir del decreto del año 2015 y además no puede encontrarse probado por acción u omisión cualquier conclusión que pueda llevar a la ineficacia del traslado del demandante y con los hechos de la demanda no se menciona ninguna queja o reclamo con la gestión del fondo y una ineficacia surge a que el actor esta cera a tener los requisitos de la pensión de vejez y el retornar no es por el debe de información sino razones de carácter económico por las expectativas que tenían los demandantes con liquidaciones en el RPM diferente al RAIS y así lo aceptó el demandante, en un momento puede ser beneficioso el régimen y en otro no, c) la libertad de elección esta en cabeza de cada afiliado y la excepción de prescripción frente al acto de afiliación celebrado en el año 1998 luego la prescripción en los términos de art 488 CST y 151 CPTSS con esa falta de información la obligación surgió desde que se presento tal vicio estando prescrita la solicitud de los demandantes, d) frente a la devolución de los rendimientos, la consecuencia de la ineficacia es dejar las cosas en el estado en que estaban, el vinculo no existió, nunca estuvieron afiliados y no fueron sus ahorros a una cuenta del fondo y no existieron rendimientos, luego no hay suma que devolver, tampoco los gastos de administración porque no fueron pedidos por el demandante y no puede afectarse al fondo porque no incurrió en ninguna falta del derecho, luego se estaría violando sus derechos al imponerse condena por sumas ya utilizadas en la gestión y por eso se generaron los rendimientos, y si se ordena devolverlos, se genera detrimento patrimonial, e) el bono pensional debe ser al ministerio y no a Colpensiones y en ninguna caso se debe restituir las sumas adicionales porque solo operan cuando existe un siniestro y esa figura no opera en el RPM y de existir ese valor debería ser devuelto a Colpensiones y con la sentencia, f) la devolución de cuotas previsionales no fue algo pedido en la demanda por lo que no es procedente ordenarla.

2

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 .75

La sentencia APELADA debe **MODIFICARSE**, son razones:

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.

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.

¹ ¹ 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.

² 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.

³ 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 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. 4SL r. 3114DE 2008.

⁵ ⁵ 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

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.

4

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.

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.

6 . 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 dimanen 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.

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 2020⁸.

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 indefinida⁹ 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 formulario¹⁰.

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 del entonces ISS en **mayo de 1979**, realizando traslado al RAIS administrado por **PORVENIR** en **agosto de 1998** (págs. 3 a 6 archivo 07Anexos,; cuaderno juzgado). Sin embargo, se echa de menos en las piezas procesales la debida información al momento de su traslado al RAIS, lo que hace

8 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.

9 sentencia SL 2817 de 2019

10 Sentencia Rad. 31314 de 2008

procedente la declaratoria de la instancia sobre la ineficacia de la misma, con independencia de la movilidad que se haya realizado dentro del régimen de ahorro individual, lo cierto es la inexistencia de la información al momento de llegar a ese régimen, lo que deviene en las consecuencias dispuesta por la juez de instancia, tal y como se ilustró en las disposiciones expuestas en la presente providencia en líneas anteriores.

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 a las demandantes, 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, 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 no le impone automáticamente condena de prestación alguna a COLPENSIONES, solo recibir en el momento en que el fondo del RAIS lo haga, los dineros correspondientes.

Por último y en relación con los gastos de administración y demás sumas adicionales, sumado a los considerandos anteriores, debe manifestarse que, con el referido decreto no se regula el alcance o suficiencia de la condena judicial, de modo que no podría ser este entendido como limitación a la consecuencia legal de la declarada ineficacia del traslado, es más, lo indicado en la sentencia no responde al traslado de recursos dentro de la dinámica del sistema pensional, además de contar el juez de primera instancia, con facultades extra y ultra petita que le permiten de estar probado y debatido en el proceso, ordenar los derechos o condenas que considere.

PORVENIR ha tenido a su cargo el recibo y administración de los aportes del demandante, eso incluye, tal y como lo ordenó la juez de instancia, todos y cada uno de los valores que haya recibido por concepto de aportes, gastos de administración, seguros provisionales, entre otros descontados y recibidos durante el tiempo que estuvo afiliado en su administradora, tema que incluso ha sido motivo

de discusión por la Sala Laboral de la Corte Suprema quien en recientes providencias (**sentencia SL 4782 de 2021¹¹**[1](#), **SL3156-2022**, **SL3155-2022**, **SL2177-2022**[1](#)) ha ordenado que las devoluciones a COLPENSIONES deben llevarse a cabo con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, es decir, el capital de la cuenta individual del Rais de las cotizaciones efectuadas y los rendimientos financieros, así como 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la aquella estuvo afiliada a cada administradora, 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**), luego en ese aspecto tampoco prosperan sus alzas.

APELACIÓN DEMANDANTE

Sobre la condena en costas a Colpensiones como parte pasiva en el presente proceso, para la Sala si hay lugar a su imposición, pues se opuso a las pretensiones de la demanda, actuar que se materializó excepcionando en su contestación (Pág. 8 archivo 11ContestacionColpensiones; cuaderno juzgado), luego debe procederse conforme lo reglado en el **art. 365 del C.G.P.**

APELACIÓN COLPENSIONES

Finalmente, frente a la apelación de Colpensiones, revisados sus argumentos, encuentra la Sala que con ellos no controvierte las razones y consideraciones de la litis, esto es, frente al derecho y pretensiones de la demanda -ineficacia del traslado- nada dice al respecto, y solo se limita a la orden de consulta de la sentencia del juzgado, figura que con independencia de lo dispuesto por la juez, es del orden legal (**art. 69 CPTSS**) y que, incluso en el caso de no ser ordenada por el juzgado, de verse su procedencia por la superioridad, debe darse su estudio.

Es que con las razones de la apelación de la demandada, no encuentra la Sala controvertida la providencia de instancia, en tanto sus motivaciones en nada atacan la base fundamentadora de la condena del juzgado – declaratoria de ineficacia-, es más, no hay condena en contra de COLPENSIONES, pues contrario a lo dicho por la apelante, no hay ningún derecho pensional reconocido al actor, basando su apelación en hechos futuros e inciertos, pues no hay certeza de que el actor cumpla o no requisito pensional en cualquiera de las prestaciones sociales propias del sistema de seguridad social, y la orden de declaratoria de ineficacia lo que hace es dejar las cosas en su estado original, luego no puede asegurarse orden alguna a Colpensiones de recibir al afiliado, su retorno al régimen de prima media es consecuencia de la ineficacia.

Es por lo anterior que la impugnación de Colpensiones no se ocupa en la tarea contra argumentativa que conlleva un recurso de apelación, tarea que para nada puede suplir la Corporación, actuar en

¹¹ 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.”

contrario, vulneraría el derecho de defensa de ambas partes, además de ser un punto ya determinado por la jurisprudencia especializada (**Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No 42057 del 23 de julio de 2014**)¹².

Falencias que a la luz del **artículo 10 de la Ley 1149 de 2007**, modificadorio del **art. 66 del CPTSS**, deviene en que su recurso carece de la debida sustentación, debiendo declararlo desierto.

Ahora bien, declaro desierto el recurso de apelación de la demandada por no atacar los pilares de la sentencia en su litis, por parte de la Sala no resulta procedente el estudio de la ineficacia del traslado en grado de consulta frente a Colpensiones, pues no hay, por un lado, desfinanciamiento del sistema¹³ ni perjuicio alguno en su contra¹⁴, en la sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones se dió, solo RECIBIRÁ lo que por ley le corresponde, luego no hay, por un lado, desfinanciamiento del sistema ni perjuicio alguno en su contra; cabe precisar que la Corte Suprema en proveídos de casación ha manifestado no existir perjuicio alguno en contra de los fondos privados al entenderse que los dineros materia u objeto de traslado no pertenecen a esos fondos, y por eso no procede el recurso de casación.

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

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

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

Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para

¹² **SL3691-2021**: “En el anterior contexto, es oportuno destacar que conforme al principio de consonancia no es dable exigirle al *ad quem* que actúe más allá del ámbito de competencia fijado por las partes en la apelación, pues ello atentaría contra dicho postulado que atañe a la alzada -artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

SL2237-2021: “Para esta Corte, el actuar del Tribunal revela un yerro ostensible y manifiesto que aunque debió atacarse principalmente, por el conducto de la violación medio, en tanto, se deriva de la desatención e inobservancia de deberes procesales por parte del juzgador colegiado como los que atañe a la observancia de los principios de consonancia o suficiencia en la motivación, lo cierto es que esa equivocación trasciende a la falta de apreciación de algunas de las pruebas enlistadas en la acusación...”

¹³ **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. “

¹⁴ 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.

soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía con su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no traducen por sí solo condena pensional alguna, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferentes es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.

En este especial caso no se solicitó condena en contra de Colpensiones en relación con la ineficacia, sí que se dé cumplimiento al mandato de la ley de recibir, si el juez lo ordena, por lo tanto, no hay pretensión contra Colpensiones respecto de la ineficacia, ni siquiera se le condenó en costas procesales, por lo que no procede la consulta.

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. **MODIFICAR para adicionar el numeral 3º** de la sentencia apelada y en consecuencia **CONDENAR** a Porvenir S. A., a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”; conforme lo dicho en la motiva de esta sentencia. Confirmar el numeral en todo lo demás, por lo dicho en la considerativa de esta providencia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada; por lo dicho en la motiva de esta sentencia.
3. **REVOCAR** el numeral 4º de la sentencia apelada y en consecuencia se **CONDENA** en costas a COLPENSIONES; por lo dicho en la motiva de esta sentencia.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de Porvenir a favor de la demandante; se fijan las agencias un salario mínimo legal mensual vigente a la presente sentencia.

SE NOTIFICA EN ESTRADOS

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, nótese que se modificó la decisión en favor de la demandada y se ordenó adicionarla, en ese orden, aclaro voto.

Firma digitalizada para
Actos Judiciales



Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO