



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

Hoy **07 DE DICIEMBRE 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.335**, 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) **OLGA HELENA URIBE CASAS** en contra de **COLPENSIONES EICE y PORVENIR S.A.**, bajo radicación **020-2020-00027-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por las demandadas contra la *sentencia No. 123 del 05 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se declaró la **Ineficacia Del Traslado al RAIS** administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 27 de octubre de 1995 y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó y por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Ordena a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual, el valor del respectivo bono pensional si los hubiere, las sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses, y el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, y gastos de administración debidamente indexados con todos sus frutos e intereses, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante. A Colpensiones a recibirlos. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: **i)** El fondo pensional debe brindar la información completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto a realizar -SL 5686/2021 Rad. 82139- y este desacato es lo que genera es la declaratoria de ineficacia tanto de primer acto, así como los subsiguientes que serían los traslados realizados entre fondos privados; **ii)** de la documentación aportada en la demanda no se extrae el cumplimiento al deber de asesoría, pues no hay dentro del plenario prueba conducente que permita inferir que la AFP haya suministrado información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado al RAIS y de su permanencia en el régimen; **iii)** dicha situación no se desvirtúa con el formulario de afiliación pues este es un formato preimpreso para depositar información del afiliado, su vinculación laboral y beneficiarios, sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de información clara y veraz respecto de ambos regímenes, a fin de que la misma tomase una decisión con conocimiento informado que le permita tomar una decisión libre y voluntaria. SI 4360-2019y s6090-2020-; **iv)** concluye que la demandante ignoraba la incidencia que su decisión podría llegar a tener en su derecho pensional, por lo tanto, procede la declaratoria de ineficacia; **v)** no opera el fenómeno prescriptivo y puede reclamarse en cualquier tiempo los derechos referentes a la pensión; **vi)** es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes, rendimientos y cuotas de administración.

Apelación Colpensiones: **a)** Se debió tener en cuenta que, si bien es cierto no existe una prueba documental de la asesoría recibida por la demandante, para la época del acto material era admisible que dicha información fuera suministrada de manera verbal, sin que ello signifique que esta no hubiera sido completa, transparente, veraz y oportuna, concluyendo que la información ofrecida cumplió de forma estricta con la normatividad vigente; **b)** no se puede perder de vista que la actora es profesional, por lo tanto, no es una afiliada lega, además nunca se interesó por consultar sobre su proyección pensional; **c)** también es importante

manifestar que la demandante cotizó ante Colpensiones un total de 71 semanas, por lo que no sería justo que la entidad en su momento deba reconocer una pensión de vejez, pues ha sido la AFP quien se ha visto beneficiada durante tantos años de los aportes de aquella, así las cosas, solicita se absuelva a Colpensiones de las pretensiones de la demanda y en consecuencia se revoque la sentencia proferida.

Apelación Porvenir: **a)** Se opone a las condenas impuestas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4°, teniendo en cuenta que la AFP no faltó a ningún deber de información, pues la actora recibió la asesoría pertinente para su traslado de régimen pensional, asesoría que fue entregada de manera verbal conforme se acostumbraba para la época, indicándose las circunstancias del traslado y la forma de acceder a las prestaciones, así como su derecho al retractor de la cual no hizo uso; **b)** el despacho debe tener en cuenta la ley 1748/14 y el Decreto 2071/15, donde el legislador estableció de manera clara para la existencia del ISS, que la asesoría podría o no contener la favorabilidad en cuanto a la pensión y que no había obligación de mantener constancias escritas; **c)** opera el término de la prescripción establecido en el CST en armonía con el 1750 del Código Civil, ateniendo el hecho de que la acción no versa sobre el reconocimiento de un beneficio pensional, sino sobre la intención de la parte actora y trasladarse de régimen pensional; **c)** Así las cosas, solicita se revoquen todas las condenas impuestas y, de manera subsidiaria, se revoque el numeral 3°, atendiendo el hecho de que el fondo de pensiones no ha recibido suma alguna por concepto de bonos pensionales y en ese sentido no puede ordenarse devolver sumas que no se encuentran acreditados en la cuenta ahorro pensional; **d)** así mismo respecto de las sumas adicionales, pues estas se causan solo cuando se trata un siniestro de invalidez y sobrevivencia; **e)** tampoco es viable que se ordene trasladar gastos de administración atendiendo que son de consagración legal (artículo 20 y 60 de la ley 100/93) y operan para ambos regímenes pensionales, por lo que se incurriría enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, considerando que los únicos valores que se deben trasladar son los rendimientos y cotizaciones, sin que incluya sumas adicionales, frutos e intereses ni gastos de administración indexados (estos últimos objeto del fenómeno prescriptivo), y cualquier otra condena diferente al traslado de los aportes de la cuenta ahorro individual.

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.264

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 transcendentales, 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.

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.

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.

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 **10 de octubre de 1991** (pág. 3 pdf 04Anexos y Bono pensional de la pág. 60 del pdf 14ContestacionPorvenir - Cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS, con **PORVENIR S.A.** el día **27 de octubre de 1995** (pdf 17 consulta SIAFP -cuad. Juzgado), sin que, con ese primer traslado al RAIS se acredite por parte del fondo, la debida información previa al traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado.

i) Obligación de la debida información para el traslado de régimen.

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principalística referida desde 1887 si no que se constituye legislativamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019** en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

ii) Falta de prueba de la debida información.

Es importante avisar para este traslado al RAIS, no haberse acreditado por parte del fondo haber brindado la debida información previo el traslado del régimen, deber de información que se predica para todos los afiliados, pues ninguno para ese momento era pensionado. Por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia del traslado de régimen junto con la devolución de los gastos de administración y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores (**STL 11947-2020**).

Todos estos argumentos por sí solo dan lugar a la prosperidad de la ineficacia del traslado, lo que con más veras tiene lugar al considerarse que la omisión de la debida información violenta el derecho fundamental del debido proceso **-Sentencia T-191 de 2020**.

Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen no le impone automáticamente condena de prestación alguna a COLPENSIONES, solo recibir en el momento en que el fondo privado lo haga, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

Ahora bien, en atención al ataque exteriorizado por Porvenir S.A. y siendo consecuentes con lo plasmado en las consideraciones del proveído, es claro que no opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho irrenunciable a la seguridad social se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48° Constitución Política** y como lo ha expuesto la **Corte Suprema de Justicia en Sentencias: SL 1688 del 2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021** entre otras.

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

En igual sentido, para la Sala no hay duda que hay lugar a la imposición procesal de costas a cargo de Porvenir S.A., esto de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P.**, pues es de manifestar que dicha entidad como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (Archivo pdf 09 -cuaderno juzgado), luego, ante lo impróspero de las apelaciones presentadas, se confirmará en su totalidad la sentencia de instancia.

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, la devolución completa de los conceptos percibidos por la AFP, así como de los gastos de administración.

Finalmente, para la Sala no hay lugar a estudiarse la consulta, toda vez que el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, con la apelación de Colpensiones se precisan por parte de la demandada, los errores que a su juicio cometió la instancia, resultando la consulta y el recurso, excluyentes entre sí.

Argumentos estos de la Sala que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la **Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021** y en decisión de tutela **T-1092 DE 2012**.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada conforme los motivos expuestos en la parte motiva de la sentencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Las agencias se fijan en un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV).

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

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
SALVO VOTO PARCIAL

ACLARACIÓN DE VOTO

En mi criterio procedería el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, como en reiteradas decisiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo ha señalado. No obstante, en el presente caso se analizaron todos los elementos de fondo que debían estudiarse.

Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

SALVAMENTO PARCIAL 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).

En esta dirección, en el grado jurisdiccional de consulta debió adicionarse la decisión de primera instancia para condenar a la AFP del RAIS a trasladar los gastos de administración, porcentajes de seguros previsionales y del fondo de garantías de pensión mínima, a costas de sus propios recursos y debidamente indexados.

Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado