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 12 ABRIL 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. 66** 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) **CARMEN ADRIANA GIRALDO REYES** en contra de **COLPENSIONES EICE y PORVENIR S.A.**, bajo radicación **-006-2020-00180-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por la demandada PORVENIR S.A. en contra de la *sentencia No. 241 del 08 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado 06º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se declaró la ***Ineficacia del Traslado al RAIS*** administrado por Porvenir S.A., el cual tuvo lugar el 01 de diciembre de 2007, imponiéndose a Colpensiones la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales; así mismo a la AFP a trasladar todos los aportes y el capital, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación.

Motivos de la condena: i) Se ha establecido de manera amplia en cabeza de los Fondos de Pensiones privados la carga de demostrar que existió una debida asesoría al Afiliado, esto es sobre las características, ventajas y desventajas objetivas del traslado y sus consecuencias jurídicas -Radicación 68852 del 03/04/2019; **ii)** en relación con el deber de una debida información de las AFP, la carga de la prueba y el simple consentimiento contenido en el formulario de afiliación se ha adoctrinado entre otras en Radicación 31989/2008, 31314/2008, 31314/2011, 33083/2011, 55050/2015 (SL9519) y SL 1688 de 2019 (68838)**; iii)** del estudio del plenario y argumentos jurisprudenciales citados, concluye que la AFP brindó la información suficiente a la actora respecto de todos los componentes y consecuencias de aquel traslado de régimen, lo cual debió hacerse tanto desde el momento previo a la afiliación, siendo su obligación describir concretamente todo lo relacionado con los beneficios y afectaciones que conlleva este trámite y en términos que pudieran ser entendidos por su afiliada, persona inexperta en asuntos de tan alta complejidad como los financieros; **iv)** excepción de prescripción no se le da prosperidad teniendo en cuenta que la nulidad de traslado es una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social -sentencia SL-1689-2019; **v)** concluye que es viable acceder a la pretendida nulidad del traslado, ordenando la devolución de los aportes al RMP.

Apelación Porvenir S.A.: **a)** la dte recibió información veraz y suficiente para comprender las consecuencias del traslado; **b)** el ordenamiento jurídico vigente no exigía documentar la naturaleza de la información brindada, bastaba con la suscripción del formulario de afiliación -art. 11 dto 692/94-, por lo que se pretende el cumplimiento de un imposible jurídico habida cuenta que se exigen cumplimiento de formalidades no vigentes para la época del traslado; **c)** el deber de información no es unilateral, pues la actora estaba en la obligación de informarse respecto de sus condiciones pensionales; **d)** respecto las condenas impuestas, advierte que al declarar ineficaz la afiliación, se entiende que se retrotraer los efectos como si el afiliado nunca se hubiera pertenecido al régimen, condenar a la devolución tanto de los rendimientos, como de los gastos de administración los cuales aplican para ambos regímenes, se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de la AFP; además no se deber olvidad que dichos gastos no hacen parte del porcentaje tenido en cuenta para financiar la prestación de la usuaria, por lo que solicita se revoque íntegramente la condena de instancia.

Apelación Colpensiones: a) la potestad de escogencia recae en cabeza de los afiliados la cual se perfecciona con la suscripción del formulario de afiliación; **b)** la declaración injustificada de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que no posible que personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento, cuando les falta menos de 10 años para concretar su pensión, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensiona cuyo pago desfinancia el sistema; **c)** no constituye vicio del consentimiento el hecho de establecerse diferencia entre mesadas de cada régimen pensional, ello en razón a que para el momento de la afiliación era imposible predecir los IBC sobre los cuales cotizaría la actora en los

próximos años, así como calcular una futura mesada pensional en el momento de la afiliación, pues los ingresos podrían variar en relación con lo reportado en su HL; solicita se reintegra a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones como recursos de la cuenta de ahorro . Rendimientos, gasto de administración, porcentaje destinado a seguros previsionales y gastos de administración.

Apelación Demandante: Solicita con fundamento los arts. 365 y 366 del CGP se condene a la imposición de costas y agencias en derecho a cargo de Colpensiones, quien actuó como parte pasiva al igual que Porvenir, e hizo incurrir en gastos a la parte demandante, ello teniendo en cuenta lo establecido en sentencia C-157/2013 y Rad 70173 de 19/10/2020.

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.

S E N T E N C I A No. 55

La sentencia **APELADA** debe **ADICIONARSE**, 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 y pago de los derechos pensionales), 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 información[1], 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 pensional[2].

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 cabalmente[4], 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

---

1 [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.

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 administración[7] **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 traslado[8].

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 indefinida[10] 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 formulario[11].

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 la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media al que perteneció desde el **01 de octubre de 1992** (pág. 45 pdf 02 H.L Colpensiones-cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS, con **PORVENIR S.A**. el día **26 de octubre de 2007**, realizando traslados horizontales con Horizonte hoy Porvenir S.A. en 26 de mayo de 2011 y con Porvenir el 01 de enero de 2014 (pág. 21 pdf 10 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 principialistica referida desde 1887 si no que se constituye legisladamente 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.**

Ahora bien, en atención a la apelación de Colpensiones, es consecuente para la Sala ordenar la devolución completa de los emolumentos percibidos como consecuencia del traslado declarado ineficaz, tema tratado por la jurisprudencia especializada desde el año 2008 y reiterado más recientemente en sentencia SL 4782 de 2021[2], SL3156-2022, SL3155-2022, SL2177-2022, entre otras; anotando la obligación de las administradoras de pensiones privadas de trasladar al régimen de prima media todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, es decir, no solo del capital de la cuenta individual del RAIS de las cotizaciones efectuadas y los rendimientos financieros, sino también del porcentaje cobrado por primas de seguros previsionales de

[2]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."

invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que permaneció 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).**

En tal sentido se adicionará la sentencia apelada y se ordenará a PORVENIR S.A. efectuar la devolución de los rubros descritos, percibidos durante el tiempo que la actora permanecio afiliada en cada fondo.

Ahora bien, en lo referente a la apelación de la parte actora respecto de la imposición de condena en costas a Colpensiones, para la sala no hay duda que hay lugar a su imposición de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P**., teniendo en cuenta que dicha entidad como parte pasiva en el presente proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (págs.10 a 11 del pdf 08 Cuad. Juzgado).

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, quedan superadas las apelaciones de las partes, referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional, la devolución completa de todos rubros y condena en costas a cargo de la administradora del RPMPD.

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 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

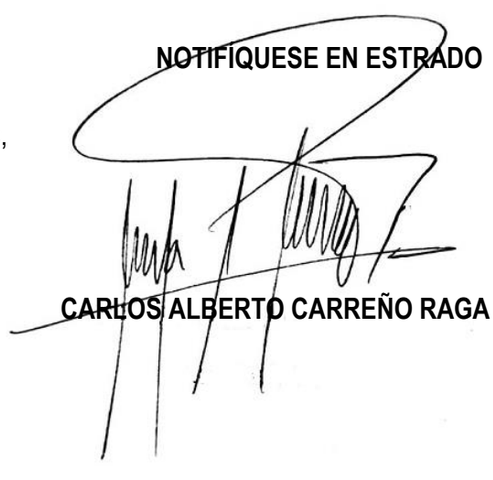
1. **ADICIONAR** el numeral 3° de la sentencia APELADA en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** trasladar también a COLPENSIONES los conceptos del porcentaje destinado primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo.

2. **CONFIRMAR** la sentencia consultada en todo lo demás.

3. **Sin COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

ACLARO VOTO CON EL MISMO CRITERIO DR. BASTIDAS

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO

Con el respeto por la decisión de la Sala, aclaro mi voto, En mi criterio, sí procede el grado de consulta en favor de COLPENSIONES. En reiteradas decisiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "Como puede apreciarse, la consulta se halla instituida para la protección de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el artículo 53 de la Carta Política, pues este grado jurisdiccional opera cuando las sentencias de primera instancia “fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador”, siempre y cuando dichas providencias no hayan sido apeladas. Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación". Sin embargo, solo procede **ACLARAR EL VOTO** porque se analizaron todos los elementos que tenían que estudiarse en el grado jurisdiccional de consulta.

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Firma digitalizada para Actos Judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

MAGISTRADA