



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

Hoy **27 DE FEBRERO 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.74**, dentro del **Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia** adelantado por **YOLANDA PINEDA MUÑOZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A** y **PROTECCIÓN S.A.** bajo radicación N° 760013105-017-2020-00214-01.

En donde se resuelven las APELACIONES de **COLPENSIONES, PORVENIR** y el **DEMANDANTE** en contra de la **sentencia No 148 del 25 de octubre de 2021**, y su adición de **sentencia del 02 de noviembre 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, con COLMENA FONDO DE PENSIONES S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el día 1 de septiembre del año 1999 y con BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR el día 22 de junio de 2001, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden. **CONDENA** a PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora YOLANDA PINEDA MUÑOZ, de condiciones civiles conocidas en este proceso, 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 al propio patrimonio de PORVENIR S.A y por todo el tiempo que permaneció afiliada la demandante con el RAIS, con cargo a su propio presupuesto. Así mismo, se ordenará PROTECCION S.A, 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 con prestación definida De la Señora YOLANDA PINEDA MUÑOZ de condiciones civiles conocidas en autos, al régimen de prima media con prestación definida junto con la totalidad de saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual. **CONDENA EN COSTAS** a COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a favor del demandante. DISPONE la remisión de este expediente en CONSULTA al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES. ADICIONAR LA SENTENCIA No. 148 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 a favor de la señora YOLANDA PINEDA MUÑOZ, en forma vitalicia, una pensión de vejez, en aplicación del Art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, desde el 07 de Agosto del año 2019 en que sumó los 57 años de edad, cuyo IBL equivale con el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, de acuerdo con el que resulte más favorable para la demandante, con un monto acorde con la densidad de cotizaciones aplicando la fórmula del artículo 21 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 al retiro del riesgo de pensiones, momento en el cual y para efectos del cómputo de su pensión se deberá incluir hasta la última semanas cotizada. Costas a la parte vencida frente a esta únicamente esta pretensión COLPENSIONES a favor de la demandante.

1

Apelación Demandante: Me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia de adición a través del cual usted declaró en su providencia probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto del

retroactivo pensional pretendido al señalar que no reposa en el expediente, constancia de haber dejado de cotizar, es claro su Señoría, que no se evidenció y verificó en el expediente que la señora Yolanda informó a su contratante seguros Bolívar que no estaba obligada a continuar efectuando aportes en pensión por cumplimiento de requisitos, ese documento reposa en el expediente, asimismo, es claro que para efectos del disfrute de la pensión, debe darse la desafiliación formal, la Corte Suprema de Justicia, que el juez tiene el deber de analizar las particularidades de cada caso a efectos de determinar cuál es el momento real a partir del cual se puede reclamar el pago de las mesadas retroactivas, asimismo, la Corte Constitucional en sentencia T-225 del 2018 el reconocimiento de la prestación con anterioridad al retiro formal de aquel ante situaciones particulares y excepcionales, las cuáles deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración., **2)** la señora Yolanda Pineda se encuentra vinculada a la sociedad seguros Bolívar SA bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y en virtud de ello comunicó al contratante en el escrito del 13 de marzo de 2020 que no estaba obligada a efectuar aportes a la Seguridad Social en pensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 100 del 93, y, además, por contar en ese momento, con 1429 semanas de cotización, recibiendo respuesta negativa por parte del contratante al indicarle que debe realizar la omisión en el pago de los mencionados aportes, podría ocasionarse un proceso de fiscalización por parte de la UGPP, ambos documentos referidos reposan con la con la demanda y fueron aportados por mi mandante. Así las cosas, es evidente que prima la voluntad de la demandante, cesar las cotizaciones al sistema, por lo que su prestación debe concederse a partir del 13 de marzo del 2020 y no como fue señalado en su providencia, pues reiteró que debe primar. Debe tenerse en cuenta el ánimo del accionante en darse pues a sus cotizaciones al sistema solicitó de igual manera los honorables magistrados del Tribunal Superior de Cali que se acceda al pedido de indexación sobre todas y cada una de las mesas que se causen a la ejecutoria de esta sentencia, como forma de reparar la pérdida del valor adquisitivo e la moneda Colombiana y que a partir de la ejecutoria de la sentencia, se conceda el pedido de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 93 sobre las mesas funcionales que se causen a partir de ese momento de esta manera, dejó sustentado mi recurso.

Apelación Colpensiones: a) Me permito presentar recurso de apelación tanto frente a la sentencia original 148 como la sentencia de 148 , solicitándole al Tribunal Superior del distrito de calidad para buscar la misma. Por cuánto la demandante no reúne requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales coexistentes, pues no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 del 93, además se encuentra a menos de 10 años para acceder a pensión de vejez y cumplir el requisito legal de la edad que exige tal prestación. Asimismo, con las pruebas que obran en el expediente, que fueron tramitadas en la diligencia correspondiente, no se logró demostrar que el contrato de afiliación que suscribió la demandante con la FP privada carezca de legalidad y validez jurídica, por lo que no se puede declarar su ineficacia y la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual. Tampoco se puede predicar ilegalidad bueno, eficacia de un contrato legal en razón de las diferencias prestacionales de los dos regímenes. Estas fueron establecidas desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y no puede ahora la demandante por tener una expectativa de una pensión de mayor valor pecuniario en el régimen. De PRIMA MEDIA negar que expresó su voluntad de manera libre y espontánea en el momento en que él firmó el contrato de afiliación con la administradora privada. Además, aceptará la demandante en la situación que se encuentra ahora. Esto es ya con los requisitos cumplidos para recibir pensión de vejez vitalicia. Atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema que administra pensiones, pues no ha administrado las cotizaciones de la demandante a Seguridad Social en los últimos años tiene que entrar a pagar las mesadas productos de su prestación. Ahora, frente a esta sentencia, decisión que condena a mi representada a reconocer y pagar pensión de vejez a la demandante, se tiene que al no poder, Eh, declararse la pretensión principal de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues tampoco le corresponde a mi representada entrar a pagar una pensión de vejez, pues dentro del régimen de ahorro individual, donde se encuentra válidamente afiliada y esa la FP privada a quién le corresponde reconocer cualquier derecho que se derive de esta filiación. Y de como producto de sus cotizaciones al sistema de Seguridad Social, entonces, En este sentido, dentro del recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia, tanto la original en su texto original como condición y se absorbe a mi representada todas y cada una de las pretensiones de la demanda que están en su contra. Muchas gracias.

Apelación Porvenir: Interpongo recurso. Apelación contra la sentencia 148, sustentada en la siguiente manera, es que, si bien es cierto, la demandante alegó vicio del consentimiento para que se declarara la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que sus afirmaciones quedaron en simples afirmaciones carentes de todo sustento legal, por lo cual las pretensiones de la demanda tenían que haber sido hecha desfavorablemente. Como mencionamos, no se puede mostrar por ningún medio para los supuestos vicios que hago, eso demanda como sustento de sus pretensiones, porque sencillamente porvenir jamás encontró en las conductas que fácilmente se adquiere en la demanda y así lo demuestra la prueba documental aportada con la contestación de la demanda de mi representada, entre ellos la solicitud de afiliación de la demandante por venir en especial, el suscrito por ella misma que evidencia que la FP sí suministrar toda la información necesaria para que voluntariamente deciden trasladarse a porvenir SA. Dentro de la oportunidad legal no se hizo uso del derecho de retracto. Filiación al fondo de pensiones administrado porvenir de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 61994, ni tampoco manifestó su deseo de regresar en los términos del artículo primero del Decreto 3800 2003, oportunidad la cual fueron a ver todos los

afiliados del sistema general de pensiones, las normas que se promulgaron sobre la viabilidad del traslado de régimen pensional para que la época no le imponían a los fondos privados. La obligación de brindar asesoría necesaria en cuanto a la ilustración o favorabilidad del monto de la pensión, situación que, pues evidentemente no aplica en este caso, ya que solo se una a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748 del Decreto 2071 del 2015, son insisten además de manifestar que esta clase de procesos debe darse aplicación de la prescripción, teniendo en cuenta que la acción versa sobre la adquisición o negación del derecho penal como tal, sino que está encaminado, como en este caso, tener la ineficacia del sistema con el propósito tener el derecho mismo, sino 1 de mayor valor de la mesada pensional. No obstante, lo anterior, solicitamos que se declare probables excepciones, propuestas en cuenta que se declara la ineficacia de la misma. Todo vuelve a su estado original, razón por la cual los rendimientos que se hayan generado en favor de la parte actora compensarse con los gastos de administración que se están poniendo porvenir, teniendo en cuenta que siempre se ajusta a la ley y a la Constitución. Finalmente, solicitamos error que la condena en costas en derecho, tener en cuenta los argumentos mencionados, su Señoría, en los anteriores términos de ojos, sustentado recurso de apelación, muchas gracias.

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.58

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **CONFIRMARSE**, 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

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 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

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.

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.

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, afloran 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 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.

6⁵ 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.

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.- 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.

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

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

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 sí 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 **agosto de 1995**, realizando traslado al RAIS administrado por **COLMENA** en **septiembre de 1999**, movilizándose por la cesión entre fondos privados a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR** en **junio de 2001** y finalmente en **enero de 2014**. Sin embargo, contrario a lo afirmado por 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. 58, archivo 23contestacionPorvenir; cuaderno juzgado).

6

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[1. SL3156-2022, SL3155-2022, SL2177-2022](#)) deben devolver a COLPENSIONES

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.”

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**).

Finalmente, sobre la condena en costas, al oponerse las demandadas a las pretensiones, exceptuar en sus contestaciones y ser vencidas en juicio, debe darse la imposición de las costas conforme lo ordena el **art. 365 CGP**. Es por lo anterior que no proceden las apelaciones de las demandadas.

DERECHO PENSIONAL.

Ya en consulta sobre la condena del derecho pensional, 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, afirme no ser procedente el reconocimiento 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, 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 **07 de agosto 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 **1.484 semanas**, superando el mínimo de las mil trescientas exigido por la norma, siendo la última cotización reportada en el proceso, en **diciembre del 2020**¹⁴. Dando lugar al reconocimiento pensional dispuesto por la instancia, derecho que se da con **13 mesadas** al año por ser una prestación en vigencia del AL 01 de 2005.

Respecto de la apelación del demandante quien quiere se reconozca la pensión de vejez desde la fecha en que presentó la reclamación administrativa de ineficacia el **13 de marzo de 2020**, aceptando incluso en su recurso que, a la fecha se encuentra laborando y por consiguiente realizando aportes obligatorios al sistema, es de manifestar que, si bien conforme la jurisprudencia se ha dispuesto la existencia de la novedad de retiro de modo inferencial (**SL5603-2016, reiterada en la providencia más reciente la SL 2061 de 2021**¹⁵, como aspecto para superar esa exigencia, se recuerda a la parte actora que, no se ha solicitado ni configurado la novedad de retiro por esta vía hasta la fecha, donde se está resolviendo el regreso de la actora al régimen de prima media, menos, cuando con las cotizaciones realizadas hay posibilidad de potenciar su mesada pensional, hasta cuando ella lo disponga, con las cotizaciones actuales (**art. 34 ley 100 de 1993**).

¹³Nació el 07 de agosto de 1962 - pág. 99, archivo 23contestacionPorvenir; cuaderno juzgado

¹⁴pág. 109, archivo 23contestacionPorvenir; cuaderno juzgado

¹⁵ **SL 2061 de 2021 Rad. 84054 del 19 de mayo de 2021**: En relación con este aspecto, ilustrativo resulta el pronunciamiento de la Corporación contenido en la sentencia CSJ SL163-2018:

...No obstante, sobre la primera regla general relacionada con la desafiliación de dicho sistema, esta Sala ha acudido a soluciones diferentes y ha otorgado el reconocimiento de la prestación con anterioridad al retiro formal de aquel, ante situaciones particulares y excepcionales, las cuales deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración.

Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017). En la sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación indicó..."

Es por lo anterior que se confirma la decisión de instancia de ordenar el pago de la pensión de vejez a partir de la última cotización de la actora, sin que prospere por tal motivo el recurso de apelación del demandante.

Respecto el valor de la mesada pensional, el IBL se liquida 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**.

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. **SIN COSTAS** en esta instancia.

SE NOTIFICA EN ESTRADOS

Los Magistrados,



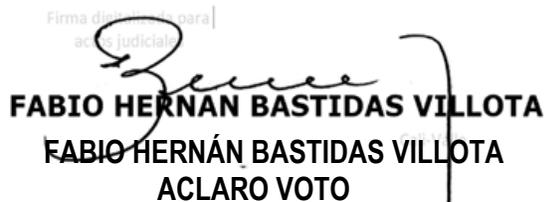
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

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



Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

ACLARACION DE VOTO

Conforme al precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considero que, en los procesos en que se declara la ineficacia de traslado, procede el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones toda vez que implica para esta entidad obligaciones de hacer como es la reactivación de la afiliación del demandante, convalidación de los tiempos, el recibo de los recursos, y en su caso el pago de las prestaciones correspondientes.

Así lo ha señalado la alta corporación:

“Bajo ese contexto, el juez colectivo no incurrió en los dislates de valoración que se le imputan, toda vez que del examen de las piezas procesales denunciadas se colige que el primer fallador emitió órdenes en contra de Colpensiones que, aunque devienen de pretensiones declarativas, sin duda implican obligaciones de hacer para la entidad, como las de recibir los dineros devueltos por parte de los fondos privados, activar la afiliación de la reclamante en el régimen público, sin mediar solución de continuidad y convalidar los tiempos correspondientes en la historia laboral a efectos de que en el futuro acceda a las prestaciones económicas propias de ese régimen, si a ello hubiere lugar.

10

Además, la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, con todas sus consecuencias, constituyen pretensiones inescindibles con las de retorno y activación en el RPMPD, cuyo estudio debe ser en conjunto, pese a que involucre a diversos sujetos procesales, lo que refuerza el convencimiento que la segunda instancia no erró al colegir que se trataba de genuinas condenas en contra de la entidad pública de aseguramiento social, en la medida en que la Nación es su garante, *«dada precisamente la función que se le ha encomendado en el reconocimiento y pago de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida»*, conforme se dejó sentado en las providencias CSJ STL7382-2015, reiterada en la providencia CSJ AL4848-2015 y CSJ SL18270-2017.” (SL2579-2022).

No obstante, como en este caso se analizaron todos los puntos que debían estudiarse en el grado de consulta, acompaño la decisión confirmatoria.

Firma digitalizada para
Actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado