



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

Hoy **31 DE AGOSTO DE 2023**, 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.183**, dentro del **Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia** adelantado por **FELIZ HUMBERTO ROA MARTINEZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.** integrada en Litis **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**. bajo radicación N° 76001-3105-001-2022-00043-01.

En donde se resuelve la apelación de **COLPENSIONES** en contra de la **sentencia No 112 del 10 de junio de 2022**, proferida por el *Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. realizado por el señor FELIZ HUMBERTO ROA MARTÍNEZ en el año 1998 y los traslados posteriores a la AFP ING, PROTECCIÓN y PORVENIR. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores estos que deberá devolver debidamente indexados. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, en caso de no haberlo hecho, a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores estos que deberá devolver debidamente indexados. QUINTO: DECLARAR que el señor FELIZ HUMBERTO ROA MARTÍNEZ tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con status pensional 27 de diciembre de 2021, pero con efectos fiscales a partir del 01 de enero de 2022 por reportar cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones hasta el 31 de diciembre de 2021. El monto de la mesada pensional será de \$3.158.044 para el año 2022. SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar al señor FELIZ HUMBERTO ROA MARTÍNEZ, la suma de \$15.790.221=, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 01 de enero de 2022 al 31 mayo de 2022. En adelante, COLPENSIONES deberá continuar pagando al actor una mesada pensional a partir del 01 de junio de 2022, en cuantía igual a \$3.158.044 y sobre 13 mesadas pensionales al año. SEPTIMO: ORDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar al señor FELIZ HUMBERTO ROA MARTÍNEZ, el retroactivo de mesadas pensionales debidamente indexado hasta la fecha de pago de la obligación. OCTAVO: AUTORIZAR a

COLPENSIONES para que del retroactivo pensional salvo las mesadas adicionales, descuenta los aportes que a salud corresponde al 4 demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliada para tal fin. NOVENO ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, los valores percibidos por concepto de bono pensional emitido y redimido a favor del señor FELIZ HUMBERTO ROA MARTÍNEZ; reintegro que deberá hacerse indexado desde la fecha de redención hasta el día de la devolución de los valores respectivos a MINHACIENDA. DECIMO: CONDENAR a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., en costas, f.

Razones del juzgado: i) lo que se pide es la declaratoria de ineficacia y hay abundante jurisprudencia sobre ello, destacando la sentencia SL 1688 de 2019 de garantizar los fondos la libre afiliación. El demandante estuvo afiliado al ISS para luego trasladarse al Rais con movilidad en varios de sus fondos. Siendo la nulidad de traslado la petición, se resaltan las sentencias de la corte suprema donde los fondos tienen la obligación de brindar la información necesaria para tomar la decisión de traslado, información con características de ventajas y desventajas, así como consecuencias del traslado, siendo responsabilidad del fondo demostrar que brindó la información, ii) en este caso si bien el actor suscribió formulario de afiliación, en el material probatorio recaudado no hay prueba que en el traslado se haya hecho con la debida información y ante esa omisión, debe declararse la nulidad de la afiliación al RAIS lo que implica que ese traslado nunca se dio, y como consecuencia deberá devolver la totalidad de los valores recibidos con aportes, rendimientos y frutos como lo dice el código civil, gastos de administración por los periodos afiliados, iii) sobre la pensión de vejez, el actor tiene derecho a la prestación conforme la ley 797 de 2003 y cumplió los 62 años el 27 de diciembre de 2021 y tenía más de 130 semanas adquiriendo el estatus de pensionado, siendo su causación con la última cotización que fue el 31 de diciembre de 2021, es decir procede desde el 01 de enero de 2022, iv) el IBL más favorable es el de los últimos 10 años con la tasa de la ley 797 de 2003 que da una tasa del 80% sobre 13 mesadas, con el retroactivo debidamente indexado al momento del pago, v) no hay prescripción de la nulidad ni de las mesadas porque la nulidad está ligado al derecho pensional y de las mesadas entre la causación y la demanda no transcurrieron 3 años.

2

Apelación porvenir: a) no esta de acuerdo con la totalidad de la sentencia porque no participó en el acto de nulidad y hubo total libertad en la suscripción del formulario que cuenta con validez y en el año 2018 que ingreso a la demandad hubo libertad de exigencia y se firmó formulario que no fue tachad y ajustado a los requisitos legales de ese entonces, b) llama la atención que en todos los procesos de nulidad después de casi 20 años los demandantes soliciten nulidad por faltar al deber de información sin tener en cuenta capacidad de aportes y la volatilidad de esos aportes, y es cuestionable que se busque alcanzar una mayor mesada para evadir una restricción legal que esta en la ley sino que digan que hay conveniencia para estar en un régimen que otro porque que este inconforme con un valor aritmético, y se quiera alegar una supuesta falta de deber de información y conforme la jurisprudencia no se comparte la devolución de ciertos rubros porque se hace una aplicación inadecuada del código civil pues no hubo coacción en los actos y se ratificó el traslado, ordenando la devolución de rubros que tienen un mandato legal y se usaron para cubrir los gastos de administración, c) hay hechos hay consolidados y por ende no puede ordenarse devolver esos dineros que también van a ser descontados en el régimen publico y ordenar devolverlos a un fondo, entonces con la nulidad el actor nunca estuvo en el rais y no hay lugar a administrar los dineros y no hay lugar a devolverlos, como tampoco se puede retrotraerlos por la misma naturaleza de los mismos, d) tampoco es procedente la devolución de las sumas previsionales pues se desconoce la disponibilidad de dichos seguros y que su finalidad es de tracto sucesivo pues pasado el tiempo por el que se contrata ya se cubrió ese riesgo y llama la atención que en todo este tiempo ha estado cubierto por ese riesgo estando cubierto y es contradictorio ordenar devolverlos siendo imposible retrotraer esos rubros, e) la devolución del título tampoco es procedente porque al ser un tercero de buena fe es el ministerio la entidad encargada de remitirlo porque en el régimen no e pierde el valor de los dineros ni adquisitos y por eso no tiene razón de ordenarlos devolver en forma indexada, f) los frutos e intereses solo se generan por la buena gestión de porvenir por eso no es procedente devolverlos.

Apelación Protección: 1) presenta apelación sobre la devolución de los gastos de administración porque los cobra la afp para administrar los dineros del afiliado al ingresar y los mismos ya se usaron para ello así como los pagos de los fondos previsionales, luego no es procedente devolverlos por ser comisiones ya causadas, descuentos realizados conforme la ley y permitido a cualquier entidad financiera, 2) si se devuelven las cosa al estado en el que estaban entonces nunca estuvo el actor e el fondo y no se causaron lo dineros, no hubo contratos , ni frutos ni mejoras que si obtuvo el actor con los rendimientos obtenidos.

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.137

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

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, 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.

Así entonces se estudia el derecho pensional, la apelación de porvenir quien alega no existir nulidad frente al traslado del actor y la devolución de los dineros ordenados por el juzgado, así como la apelación de protección sobre la devolución de gastos de administración y seguros.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información², puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria

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 párrafo 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 de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados”... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

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.

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

4

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.

6 ⁵ **sentencia SL 2817/2019**: En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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.

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.

De ahí que, cuando se pregona lo contrario-no darse la debida información- por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida¹⁰ se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹¹.

5.- Inversión de la carga de la prueba.

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros. Motivación por si sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto al resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada.

Destáquese entonces para lo que en adelante ha de precisarse que media la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al de la seguridad social en pensiones si no se efectúa el traslado con respeto; del mismo modo debe indicarse proceder la ineficacia del traslado y no su nulidad, tal como lo destaca la jurisprudencia.

“ El examen del acto del cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, no se debe abordar bajo el prisma de las nulidades -la existencia de vicios del consentimiento error, fuerza o dolo-, pues el legislador expresamente consagró la forma en que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, esto es la ineficacia del acto de traslado, según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993” (SL1637-2020).

6

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el (a) demandante estuvo afiliado en el RPM en **septiembre de 1981**, realizando traslado al RAIS administrado por **COLPATRIA** en **noviembre de 1998**, a **ING** en **enero de 2001**, luego a **PROTECCIÓN** en **enero de 2013** y termina en **PORVENIR** en **enero de 2018**. Sin embargo, 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. 17 a 26, archivo 01Expediente, cuaderno juzgado).

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

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principalística referida desde 1887, si no que se constituye legislativamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se impide con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que

¹⁰ sentencia SL 2817 de 2019

¹¹ Sentencia Rad. 31314 de 2008

también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019** en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

II) Falta de prueba de la debida información.

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

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

Es de ver que la orden de invalidar la afiliación al sistema, no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones (tal y como lo ordenó el juez de instancia quien incluso lo hizo en forma indexada); de modo que esa llegada al régimen no le impone automáticamente condena de prestación alguna a COLPENSIONES, solo recibir en el momento en que el fondo del RAIS lo haga, los dineros correspondientes. Solo que, en este evento, al darse el cumplimiento de los requisitos pensionales, se condena a la prestación por vejez, pero este derecho cuenta con el cúmulo de semanas para su financiación.

Por último y en relación con los gastos de administración, sumado a los considerandos anteriores, debe manifestarse que, con el referido decreto no se regula el alcance o suficiencia de la condena judicial, de modo que no podría ser este entendido como limitación a la consecuencia legal de la declarada ineficacia del traslado, es más, lo indicado en la sentencia no responde al traslado de recursos dentro de la dinámica del sistema pensional.

DERECHO PENSIONAL.

Sobre el derecho pensional, debe darse su estudio en consulta a favor de Colpensiones, para lo cual es de manifestarse lo aplicado por el juzgado en torno a los requisitos pensionales fue la **ley 797/2003**, normativa sobre la que se expresa encontrarse configurado el derecho del actor, al cumplir los **62 años** de edad el **27 de diciembre de 2021**¹² y **las semanas** alcanzadas con el tiempo cotizado al RPM y el del RAIS conforme las historias laborales aportadas¹³ da un total de **2.015 semanas**, superando el mínimo de las mil trescientas exigido por la norma, siendo la última cotización en **diciembre de 2021**. Dando lugar al reconocimiento pensional desde la fecha dispuesta por la instancia eso tes desde el **01 de enero de 2022** por ser favorable a los intereses de la Colpensiones de quien es a su favor la consulta, derecho que se da con *13 mesadas* al año por ser una prestación en vigencia del AL 01 de 2005.

Respecto el valor de la mesada pensional, su IBL se liquida con el **art. 21 de la ley 100 de 1993**, siendo aplicado por el juzgado el promedio de los últimos diez años, resultado que, para su

¹² pág. 16, archivo 01Expediente y pág. 29 archivo 08 contestacionporvenir, cuaderno juzgado

¹³ pág. 18, archivo 01Expediente, y pág. 50 archivo 08 contestacionporvenir; cuaderno juzgado

verificación, procede la Sala a realizar las operaciones del caso y obtiene un IBL de los últimos 10 años por valor de **\$3.998.190**, resultando más favorable a la demandada de quien es la consulta a su favor, el IBL dispuesto por la instancia de **\$3.947.555**, así como la mesada obtenida luego de aplicar la tasa de reemplazo del 80% ante el IBL y el cúmulo de 20.15 semanas cotizadas (fórmula del **art. 34 de la ley 100/93**), luego se confirmará la mesada de **\$3.158.044** y el retroactivo pensional ordenado sobre las 13 mesadas es base de su petición. Sobre el cual deben realizarse los descuentos en salud y pagarse debidamente indexado como lo ordenó la instancia.

El retroactivo pensional no se encuentra prescrito por causarse el derecho desde el **01 de enero de 2022** y radicarse la demanda el **25 de enero de 2022**¹⁴ antes del trienio prescriptivo del **art. 151 CPTSS**.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las apelantes a favor del demandante, se fijan las agencias en un salario mínimo legal mensual vigente a esta sentencia, para cada una de las apelantes.

8

SE NOTIFICA EN ESTRADOS

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
AUSENCIA JUSTIFICADA

Firma digitalizada para
actu. judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

¹⁴ archivo 02ActaReparto, cuaderno juzgado

1/08/2015	31/08/2015	3.796.000,00	1	82,469690	111,410000	30	5.128.094	42.734,12
1/09/2015	30/09/2015	3.857.000,00	1	82,469690	111,410000	30	5.210.501	43.420,84
1/10/2015	31/10/2015	3.871.000,00	1	82,469690	111,410000	30	5.229.413	43.578,45
1/11/2015	30/11/2015	4.264.000,00	1	82,469690	111,410000	30	5.760.325	48.002,71
1/12/2015	31/12/2015	3.843.000,00	1	82,469690	111,410000	30	5.191.588	43.263,23
1/01/2016	31/01/2016	4.670.000,00	1	88,052137	111,410000	30	5.908.825	49.240,21
1/02/2016	29/02/2016	3.122.000,00	1	88,052137	111,410000	30	3.950.183	32.918,19
1/03/2016	31/03/2016	4.343.000,00	1	88,052137	111,410000	30	5.495.081	45.792,34
1/04/2016	30/04/2016	4.254.000,00	1	88,052137	111,410000	30	5.382.472	44.853,93
1/05/2016	31/05/2016	3.932.000,00	1	88,052137	111,410000	30	4.975.054	41.458,78
1/06/2016	30/06/2016	4.166.000,00	1	88,052137	111,410000	30	5.271.128	43.926,06
1/07/2016	31/07/2016	3.987.000,00	1	88,052137	111,410000	30	5.044.644	42.038,70
1/08/2016	31/08/2016	4.239.000,00	1	88,052137	111,410000	30	5.363.493	44.695,77
1/09/2016	30/09/2016	3.790.000,00	1	88,052137	111,410000	30	4.795.385	39.961,54
1/10/2016	31/10/2016	3.151.000,00	1	88,052137	111,410000	30	3.986.876	33.223,96
1/11/2016	30/11/2016	3.430.000,00	1	88,052137	111,410000	30	4.339.887	36.165,72
1/12/2016	31/12/2016	3.633.000,00	1	88,052137	111,410000	30	4.596.737	38.306,14
1/01/2017	31/01/2017	3.866.000,00	1	93,112853	111,410000	30	4.625.689	38.547,40
1/02/2017	28/02/2017	3.321.000,00	1	93,112853	111,410000	30	3.973.593	33.113,28
1/03/2017	31/03/2017	3.392.922,00	1	93,112853	111,410000	30	4.059.648	33.830,40
1/04/2017	30/04/2017	3.702.960,00	1	93,112853	111,410000	30	4.430.610	36.921,75
1/05/2017	31/05/2017	4.136.725,00	1	93,112853	111,410000	30	4.949.612	41.246,77
1/06/2017	30/06/2017	3.847.352,00	1	93,112853	111,410000	30	4.603.376	38.361,47
1/07/2017	31/07/2017	3.887.422,00	1	93,112853	111,410000	30	4.651.320	38.761,00
1/08/2017	31/08/2017	4.068.835,00	1	93,112853	111,410000	30	4.868.382	40.569,85
1/09/2017	30/09/2017	3.378.246,00	1	93,112853	111,410000	30	4.042.088	33.684,07
1/10/2017	31/10/2017	3.369.099,00	1	93,112853	111,410000	30	4.031.144	33.592,87
1/11/2017	30/11/2017	3.472.763,00	1	93,112853	111,410000	30	4.155.179	34.626,49
1/12/2017	31/12/2017	3.405.687,00	1	93,112853	111,410000	30	4.074.922	33.957,68
1/01/2018	31/01/2018	3.587.099,00	1	96,919885	111,410000	30	4.123.392	34.361,60
1/02/2018	28/02/2018	3.521.599,00	1	96,919885	111,410000	30	4.048.100	33.734,16
1/03/2018	31/03/2018	3.544.414,00	1	96,919885	111,410000	30	4.074.326	33.952,71
1/04/2018	30/04/2018	3.421.875,00	1	96,919885	111,410000	30	3.933.466	32.778,89
1/05/2018	31/05/2018	3.676.563,00	1	96,919885	111,410000	30	4.226.232	35.218,60
1/06/2018	30/06/2018	3.873.438,00	1	96,919885	111,410000	30	4.452.541	37.104,51
1/07/2018	31/07/2018	3.484.375,00	1	96,919885	111,410000	30	4.005.310	33.377,59
1/08/2018	31/08/2018	3.476.563,00	1	96,919885	111,410000	30	3.996.330	33.302,75
1/09/2018	30/09/2018	3.646.875,00	1	96,919885	111,410000	30	4.192.105	34.934,21

1/10/2018	31/10/2018	3.353.438,00	1	96,919885	111,410000	30	3.854.797	32.123,31
1/11/2018	30/11/2018	3.437.500,00	1	96,919885	111,410000	30	3.951.427	32.928,56
1/12/2018	31/12/2018	3.609.375,00	1	96,919885	111,410000	30	4.148.999	34.574,99
1/01/2019	31/01/2019	3.612.501,00	1	100,000000	111,410000	30	4.024.687	33.539,06
1/02/2019	28/02/2019	3.411.564,00	1	100,000000	111,410000	30	3.800.823	31.673,53
1/03/2019	31/03/2019	3.320.313,00	1	100,000000	111,410000	30	3.699.161	30.826,34
1/04/2019	30/04/2019	3.562.031,00	1	100,000000	111,410000	30	3.968.459	33.070,49
1/05/2019	31/05/2019	3.450.569,00	1	100,000000	111,410000	30	3.844.279	32.035,66
1/06/2019	30/06/2019	3.570.000,00	1	100,000000	111,410000	30	3.977.337	33.144,48
1/07/2019	31/07/2019	3.450.469,00	1	100,000000	111,410000	30	3.844.168	32.034,73
1/08/2019	31/08/2019	3.514.219,00	1	100,000000	111,410000	30	3.915.191	32.626,59
1/09/2019	30/09/2019	3.546.094,00	1	100,000000	111,410000	30	3.950.703	32.922,53
1/10/2019	31/10/2019	3.434.531,00	1	100,000000	111,410000	30	3.826.411	31.886,76
1/11/2019	30/11/2019	3.482.344,00	1	100,000000	111,410000	30	3.879.679	32.330,66
1/12/2019	31/12/2019	3.346.875,00	1	100,000000	111,410000	30	3.728.753	31.072,95
1/01/2020	31/01/2020	3.464.813,00	1	103,800000	111,410000	30	3.718.833	30.990,27
1/02/2020	29/02/2020	3.399.573,00	1	103,800000	111,410000	30	3.648.810	30.406,75
1/03/2020	31/03/2020	3.359.952,00	1	103,800000	111,410000	30	3.606.284	30.052,36
1/04/2020	31/05/2020	3.498.598,00	1	103,800000	111,410000	60	3.755.094	62.584,91
1/06/2020	30/06/2020	3.519.658,00	1	103,800000	111,410000	30	3.777.698	31.480,82
1/07/2020	31/07/2020	3.498.598,00	1	103,800000	111,410000	30	3.755.094	31.292,45
1/08/2020	31/08/2020	3.496.598,00	1	103,800000	111,410000	30	3.752.948	31.274,57
1/09/2020	31/10/2020	3.030.000,00	1	103,800000	111,410000	60	3.252.142	54.202,36
1/11/2020	30/11/2020	3.283.125,00	1	103,800000	111,410000	30	3.523.824	29.365,20
1/12/2020	31/12/2020	3.346.875,00	1	103,800000	111,410000	30	3.592.248	29.935,40
1/01/2021	31/01/2021	3.394.688,00	1	105,480000	111,410000	30	3.585.535	29.879,46
1/02/2021	28/02/2021	3.291.094,00	1	105,480000	111,410000	30	3.476.117	28.967,64
1/03/2021	31/03/2021	3.486.595,00	1	105,480000	111,410000	30	3.682.609	30.688,40
1/04/2021	30/04/2021	3.292.193,00	1	105,480000	111,410000	30	3.477.277	28.977,31
1/05/2021	31/05/2021	3.362.813,00	1	105,480000	111,410000	30	3.551.868	29.598,90
1/06/2021	30/06/2021	3.283.125,00	1	105,480000	111,410000	30	3.467.700	28.897,50
1/07/2021	31/07/2021	3.442.500,00	1	105,480000	111,410000	30	3.636.035	30.300,29
1/08/2021	31/08/2021	3.579.483,00	1	105,480000	111,410000	30	3.780.719	31.505,99
1/09/2021	30/09/2021	3.480.511,00	1	105,480000	111,410000	30	3.676.183	30.634,85
1/10/2021	31/10/2021	3.538.245,00	1	105,480000	111,410000	30	3.737.162	31.143,02
1/11/2021	30/11/2021	3.724.642,00	1	105,480000	111,410000	30	3.934.038	32.783,65
1/12/2021	31/12/2021	3.760.931,00	1	105,480000	111,410000	30	3.972.367	33.103,06

TOTALES		3.600	3.998.190
TOTAL SEMANAS COTIZADAS		2.015,00	
TASA DE REEMPLAZO	80,00%	PENSION	\$ 3.198.552
SALARIO MÍNIMO	2.022	PENSIÓN MÍNIMA	828.116
		IBL	
		JUZGADO	\$3.947.555 MESADA 3.158.044

TASA DE REEMPLAZO			# De Semanas / %TR				
*IBL	*SMLV		1300	1350	1400	1450	1500
\$ 3.998.190	\$ 1.000.000	1,999	63,50	65,00	66,50	68,00	69,50
AÑO 2022 Tope máximo 80%			# De Semanas / %TR				
			1550	1600	1650	1700	1750
			71,00	72,50	74,00	75,50	77,00
			# De Semanas / %TR				
			1800	1850	1900	1950	2000
			78,50	80,00	81,50	83,00	84,50

ACLARACION DE VOTO

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

Así lo ha señalado la alta corporación:

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

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

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

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado