



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

Hoy **09 de NOVIEMBRE DE 2023**, siendo las **2:00PM**, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 202, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No.268**, 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) **MARLENE RINCÓN** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, bajo radicación **-004-2022-00484-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por las **demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** en contra de la **sentencia No. 086 del 08 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado 04º Laboral del Circuito de Cali**; en dicha providencia se **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS y que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó y por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; ordena PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES - la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, esto último a cargo de su propio patrimonio. A Colpensiones a recibirlos Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: **i)** de acuerdo con la reitera jurisprudencia de la CSJ la carga probatoria la tienen los fondos privados; **ii)** le correspondía a las AFP's brindar una verdadera, clara, suficiente y completa asesoría a su futura afiliada para que pudiese tomar la decisión más conveniente; **iii)** de los medios probatorios no se advierte que a la dte se le haya brindado la asesoría pertinente; del interrogatorio de parte se extrae que se ofreció información sesgada y sin explicación detallada de los regímenes pensionales; **iv)** bien para la data de las afiliaciones no era deber legal de los fondos realizar proyecciones pensionales, se debió indicar la forma en que se calcula la mesada pensional y que factores determinantes; **v)** el solo formulario de afiliación no es prueba suficiente para el deber de información, pues este solo demuestra la voluntad de la actora, mas no que estuviese precedida de una correcta información; **vi)** los traslados horizontales no se constituyen en actos de relacionamiento toda vez que no se aplica en materia de ineficacia de traslado; **vii)** por lo tanto, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes, rendimientos y gastos.

Apelación Colpensiones: **a)** Como fue muy bien señalada por parte del despacho, es obligación de las Afps en relación a brindar una información clara congruente y completa, en ese orden de ideas, Colpensiones no hizo parte del acto de traslado, por lo que no estaba obligada a brindar información en los citados términos, **b)** además la entidad no podía retenerlos en su contra ni tuvo injerencia en la permanencia del actor en el RAIS y la negativa a acceder al traslado se fundamenta en una prohibición legal, razón por la cual no se considera justa la imposición de costas, pues se malinterpreta el artículo 365 del CGP; **c)** atendiendo la declaratoria de nulidad es pertinente la devolución completa de los rubros, tales como gastos de administración debidamente indexados, las primas previsionales para los riesgos de invalidez, porcentajes destinados al fondo de garantía pensión mínima; **d)** adicionalmente que se solicita se adicione un numeral en el que se especifique cuál es la rentabilidad que generaron los recursos en el RAIS entendiendo la diferencia entre ese régimen y el de PMPD.

Apelación Porvenir: **a)** no se demostraron los vicios alegados en la demanda, siguiendo la lectura del artículo 1608 del código civil, además ofreció toda la información necesaria para que voluntariamente decidiera trasladarse; **b)** en la oportunidad legal no se hizo uso del derecho de retracto de la afiliación al fondo de pensiones de conformidad con el artículo 3 del decreto 1161/94 y tampoco expresó su deseo de regresar conforme al art. 1º del dto 3800/03; **c)** las normas que se promulgaron respecto a la viabilidad del traslado de

régimen pensional no imponían obligación de brindar asesoría en cuanto a ilustración o favorabilidad en el monto de la pensión, situación que comenzó a regir a partir del año 2014 -ley 1838 del 2015-; **d)** Opera el fenómeno **prescriptivo** pues este no versa sobre la adquisición del derecho a pensional, sino que está encaminado a declarar la ineficacia del traslado con el propósito de obtener un mayor valor de la mesada pensional; **e)** siendo la consecuencia de la declaratoria de ineficacia que las cosas regresen a su estado original, los rendimientos generados en favor de la parte actora deben compensarse con los gastos de administración que se imponen devolver a la AFP; **f)** en cuanto el bono pensional en caso de existir, tendría que ser trasladado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones; **g)** finalmente solicitamos que se revoque la condena en costas teniendo en cuenta los argumentos esbozados.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, razón por la cual procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 202

La sentencia APELADA debe **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional¹, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (ineficacia de traslado), lo que conforme al código civil apareja consecuencias trascendentales, deja sin efectos el traslado viciado (indebida información).

Para ello entonces veamos si militan en las actuaciones aquellas conductas o actos permisivos para declarar la ineficacia del traslado.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

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

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.

satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁴, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales, ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello, el agente decisor que, de rienda suelta a considerandos absolutorios, sin hacer decantación y superación de las motivaciones base del precedente afecta **derechos fundamentales**⁵.

2.- Mandatos imperativos de la seguridad social para el traslado de régimen pensional.

Decantada la necesidad de ese obrar, sigue anclar en la discusión del asunto sustancial el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo dar cumplimiento a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; **el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes a aquel y no a la aseguradora, (sentencia C-177 de 1998)**, suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos surgidos con la ineficacia declarada. Es que la lectura de los dispositivos normativos ya relacionados en clave de la mentada sentencia de constitucionalidad no deja duda de las consecuencias jurídicas pregonadas.

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas consecuencias⁶ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C) circunstancias que, perfiladas bajo la seguridad social permiten destacar: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁷ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

4.- No proscripción de la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional.

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que corresponda entender la convalidación de ese vicio con ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁸.

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del Art.107 de la ley 100 de 1993, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida, distinción y diferenciación a que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a **derechos fundamentales**, como se indica en la tutela 191 de 20209

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

5.- Inversión de la carga de la prueba.

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros¹². Motivación por 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 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 **13 de marzo de 1989** (pág. 74 archivo 07ContestacionPorvenir -cuaderno del juzgado), para luego movilizarse al RAIS, con COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el **27 de junio de 1994**, posteriormente trasladarse a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el **29 de septiembre del 2000**, entidad que realizó cesión por fusión con **PORVENIR S.A.** en el año 2014, (pág.70 pdf 07ContestacionPorvenir -consulta SIAFP- cuaderno del juzgado), sin que, con ese primer traslado al RAIS se acredite por parte del fondo, la debida información previa al traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado.

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

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

ii) Falta de prueba de la debida información.

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

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

Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen no le impone automáticamente condena de prestación alguna

a COLPENSIONES, solo recibir en el momento en que el fondo privado lo haga, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

Ahora bien, en atención al ataque exteriorizado por la Colpensiones y en gracia de lo discernido, 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 en ahora entre otras en **sentencia SL 4782 de 2021**², y más recientemente en sentencias **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, el capital de la cuenta individual del Rais de las cotizaciones efectuadas y los rendimientos financieros, así como el porcentaje cobrado por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la aquella estuvo afiliada a cada administradora, **pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)**. Fundamento que se suma a lo ya considerado sobre de la procedencia de la actualización de condenas, resultando desafortunada la apelación de Porvenir, en tal sentido.

De acuerdo a lo anterior y, teniendo en cuenta que se ordenó por parte del Juez de instancia la devolución completa de dichos emolumentos, incluso de manera indexada, no habrá lugar a modificar la sentencia en los términos requeridos por Colpensiones, sí a adicionar que al momento de cumplirse la orden, dichos conceptos deban aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De otro lado, es claro que no opera el fenómeno de la prescripción, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48º Constitución Política** y como lo ha expuesto la **Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1688 del 2019**, que al respecto considero: *“que la acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible” (...)* *“No prescriben los hechos o estados jurídicos, pero si los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. (...)* *Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza por que desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídicos...”*.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, quedan superadas las apelaciones de las demandadas Porvenir y Colpensiones, referentes la declaratoria de ineficacia de traslado, la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, conceptos del fondo de garantía de pensión mínima y demás, así como la indexación de condenas y costas procesales a cargo del fondo público.

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**

²SL 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.”

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 cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deban aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme la parte motiva de esta providencia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

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

Firma digitalizada para
Acto Judicial

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.

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, acompañó la decisión confirmatoria.

Firma digitalizada para
acto judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado