



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

Hoy **16 DE JULIO DEL 2020** siendo las **_2:00Pm**, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 2020 se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No._102**, integrada por el suscrito quien la preside **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor (a) **EDGAR QUINTERO CRIADO** en contra de la **AFP PORVENIR y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **014-2017-0363-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por PORVENIR, Colpensiones y el demandante en contra de la *sentencia N° 300 del 18 de julio de 2019, proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **DECLARÓ** la INEFICACIA NULIDAD DEL TRASLADO, y ORDENÓ a PORVENIR trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales. ORDENÓ a COLPENSIONES a recibirlo y reconocer la pensión de vejez siendo beneficiario del RT, con el Acuerdo 049/90, tasa del 90% IBL art. 21 y desde el 01 de mayo de 2018 en cuantía de \$2.824.489 con 13 mesadas y el retroactivo hasta el 28 de febrero de 2019 por \$31.241.017, descuentos en salud. Condena a los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia.

Apelación PORVENIR: a) no es posible ordenar la devolución de los rendimientos porque lo procedente es devolver los aportes realizados bajo los ingresos bases de cotización reportados por el demandante, b) debe operar la prescripción sobre la declaratoria de nulidad porque ha pasado más de 10 años desde el traslado hasta la fecha, no hay lugar a costas en su contra porque siempre actuó de buena fe.

Apelación Colpensiones: i) no hay lugar a condenar en costas a Colpensiones, por cuanto la nulidad la ordena la jurisdicción ordinaria, ya que esta no cuenta, por lo que solicita al Tribunal modifique la condena a Colpensiones.

La base fáctica y jurídica del distanciamiento ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por la A quo, y teniendo de presente los escritos presentados por las partes en esta instancia:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EdcRZRYdo2ZFjwc4e3YW52YBWYx0hwC2wlyzxax3V-lq4w?e=XviVVT

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EUtymu8aRchloPr15rTdl8QBf0n3YV8Bwxit5adAd5x6wA?e=QATNEt

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eb5nzpUls7ZlqJuZ0U0XBW4B-dknQcq9V_SaZNRsZKkvMg?e=iZ9pEV

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EUY0S3uf1zNllbrBKB6RDyMB166RgIzx_SQGytX2yXg0RA?e=ezTXfN

Procede la Sala de decisión a dictar la siguiente providencia.

SENTENCIA No. 098

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

En primer lugar, se aborda, conforme la posición mayoritaria de la sala, la consulta de la sentencia, para luego, de ser menester analizar los temas de las apelaciones no resueltos.

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 necesarios 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, el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993 da cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, 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 afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social³.

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 seguros⁴, 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 el resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada⁵.

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.

² 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.

³ T-247

⁴ doctrina

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.

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 o de traslado de régimen pensional, hecho suficiente validador de una voluntad así expresada, se impone la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegando incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁶, 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 da rienda suelta a considerandos absolutorios, sin haber decantación y superación de las motivaciones base del precedente⁷.

Decantado lo anterior, sigue anclar en la discusión el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional si no imperativo, dar cumplimiento los agentes del sistema pensional a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora, (**sentencia 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 a que da lugar la ineficacia declarada, sin perder de vista las consecuencias que el derecho civil consagra para el actuar ilícito del condenado, circunstancias permisivas entonces para perfilar: **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 nulidad del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

Para el caso vale anotar, la no proscripción de la nulidad del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento

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.

⁶ Sentencia Rad. 31314 de 2008

⁷ ST 1391/2020

⁸ **C-177 de 1998**: Para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.

de la edad de pensión o de jubilación, lo razona ser lo examinado las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. También cabe señalar la no convalidación de ese vicio con razón u 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 traslado⁹.

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.

CASO CONCRETO

Lo que está probado en este proceso, es que el **04 de abril de 1979** ingresó al régimen de prima media (fl. 39), para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. PROTECCIÓN** el **30 de julio de 1998** (fl. 116), fondo que por Cesión ahora corresponde a **PORVENIR S.A.** desde el **01 de enero de 2014**.

Cabe anotar también, de modo especial respecto de los gastos de administración que, como lo reconoce la jurisprudencia especializada, esa conducta indebida de la administradora hace a su cargo el asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, para el caso, los gastos examinados¹².

Por último, es de manifestar que le corresponde a la judicatura escrutar lo correspondiente al derecho de no habérsele ofrecido al afiliado por parte de la administradora de pensiones del RAIS demandada, las diversas alternativas que le traía el acto de cambio de régimen y las consecuencias que de él se deriven, dada la trascendencia que en materia pensional atañe al traslado de régimen.

Es por ello que conforme posición de la Sala mayoritaria, se hace necesario adicionar lo referente a los gastos de administración que ya fueron analizados en líneas anteriores en la resolución de la consulta y que inciden en la respuesta a la apelación presentada por el fondo demandado.

Con lo anteriormente expuesto, queda superado el recurso de apelación de PORVENIR respecto la decisión de la orden de trasladar los rendimientos financieros; pasando la Sala a examinar los motivos de la apelación de las demandadas sobre condena en costas y la prescripción.

APELACIONES:

Respecto la excepción de prescripción, No se comparte el dicho de la apelante, debiendo manifestarse 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 48 Constitución Política**¹³ y como lo ha expuesto la **Corte Suprema de Justicia** en sentencia **SL-1689/2019**¹⁴.

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019**

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

¹² *Ídem.*

¹³ Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

¹⁴ “En conclusión, la Sala Laboral enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Finalmente, es lo cierto que como partes pasivas en el presente proceso, se opusieron a las pretensiones de la demanda, actuar que se materializó oponiéndose a las pretensiones y excepcionando en sus contestaciones (fl. 57 y 84), luego no hay duda que hay lugar a la imposición procesal de costas, esto de conformidad con lo reglado en el **art. 365 del C.G.P.**

CONSULTA DERECHO PENSIONAL

Ya en lo concerniente al derecho pensional, hay lugar a revisar en consulta estas condenas, para lo cual hay que apoyar la procedencia del derecho pensional del actor conforme el **art. 36 de la ley 100/93** siendo beneficiario del RT y aplicando el **Decreto 758/90** como lo dispuso la instancia, pues el (a) señor (a) **EDGAR QUINTERO CRIADO** al **01 de abril de 1994** contaba con **42 años** de edad (fl. 14)¹⁵, beneficio que no pierde con el traslado de fondo dado que la nulidad declarada del mismo deja en su estado inicial las condiciones del régimen de prima media, al tiempo que también cuenta con más de las **750 semanas** a la entrada en vigencia del **AL 01 de 2005** tal y como se ve en la historia de folio 39, donde al **30 de septiembre de 1999** alcanza **770 semanas** cotizadas.

Así, al cumplir los **60 años** de edad el **04 de marzo del 2012** (fl. 14) y alcanzar para a esa fecha, un total de **1.472,⁹⁹ semanas** cotizadas (fl. 39 y 119 al 125), no hay duda que cumple con los requisitos pensionales para acceder a la pensión de vejez conforme el **Decreto 758/90**.

Ya en la construcción del IBL, éste se da con el **art. 21 de la ley 100/93**, siendo el de los últimos 10 años por valor de **\$3.121.368** y el de toda la vida laboral de **\$3.104.069**, con una tasa de reemplazo del **90%**, para una primera mesada pensional a partir de la última cotización como lo dispuso la instancia, esto es desde el **01 de mayo de 2018** por valor de **\$2.809.231**, la que resulta inferior a la dispuesta por la instancia –de \$2.824.489–, luego en consulta se modificará la condena del juzgado.

El retroactivo es sobre **13 mesadas** al año por ser una pensión causada después del **31 de julio de 2010** por el AL 01/2005 y no se encuentra prescrito por darse la efectividad de la pensión desde **mayo del 2018** y radicarse la demanda el **17 de julio de 2017** (fl. 47), conforme el **art. 151 CPTSS**; siendo lo adeudado del **01 de mayo de 2018 al 28 de febrero de 2019** la suma de **\$31.080.213**, cifra que se modifica en consulta a favor de la demandada Colpensiones.

Respecto los intereses moratorios, hay lugar a confirmar su condena en los términos dispuestos por la instancia a partir de la ejecutoria de esta sentencia, como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2018**, fecha para la cual la actora se encontraba en el fondo **PORVENIR** y es solo con la presente sentencia que retorna al RPM y se concede la prestación por vejez, éstos intereses operan sobre las mesadas reconocidas y se liquidan a partir de la ejecutoria de la presente providencia como lo dispuso la instancia, hasta tanto se realice el pago de las mismas.

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.

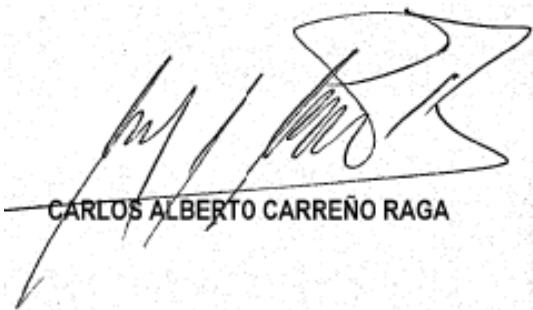
RESUELVE

¹⁵ Nacido el 04 de marzo de 1952

- 1. **ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada en el sentido de ORDENAR a PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a los gastos de administración a su cargo.
- 2. **MODIFICAR** en consulta el numeral 3º de la sentencia y en consecuencia se tiene como mesada pensional para el año 2018 la de **\$\$2.809.231**; siendo el retroactivo del **01 de mayo de 2018 al 28 de febrero de 2019** la suma de **\$31.080.213**, sobre 13 mesadas al año; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 3. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, y de COLPENSIONES a favor del demandante; las agencias se fijarán en el momento procesal oportuno.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Salvamento de voto parcial

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EXS9pbra3l1AqC1OoUhvBGIB-oldpnlEwcNae5b_AExDGg?e=hLfYGv

MESADAS ADEUDADAS

PERIODO		Mesada adeudada	Número de mesadas	Deuda total mesadas
Inicio	Final			
01/05/2018	31/05/2018	2.809.231	1,00	2.809.231
01/06/2018	30/06/2018	2.809.231	1,00	2.809.231
01/07/2018	31/07/2018	2.809.231	1,00	2.809.231
01/08/2018	31/08/2018	2.809.231	1,00	2.809.231
01/09/2018	30/09/2018	2.809.231	1,00	2.809.231
01/10/2018	31/10/2018	2.809.231	1,00	2.809.231
01/11/2018	30/11/2018	2.809.231	2,00	5.618.463
01/12/2018	31/12/2018	2.809.231	1,00	2.809.231

01/01/2019	31/01/2019	2.898.565	1,00	2.898.565
01/02/2019	28/02/2019	2.898.565	1,00	2.898.565
Totales				31.080.213

