



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Hoy _16 DE SEPTIEMBRE DEL 2020 siendo las _2:00 Pm, 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. _173**, 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) **FLOR ELISA RUEDA QUEVEDO** en contra de la **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **001-2018-0290-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la demandante en contra de la *sentencia N° 047 del 14 de marzo del 2019, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual se **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las pretensiones de **NULIDAD DEL TRASLADO**.

Razones absolución: **a)** la única vinculación que hizo el demandante fue al RAIS, pues nunca estuvo el actor afiliado al ISS hoy Colpensiones, **b)** el efecto de la nulidad es el retorno de la situación jurídica en la que se encontraba afiliado pero como el dte nunca estuvo en el régimen de prima media y con el periodo laborado en el Departamento del Valle del Cauca se hace imperioso emitir bono pensional, no existe régimen pensional anterior al cual debía retornar, **c)** es jurídicamente inviable ordenar retorno al régimen de prima media donde nunca ha realizado aportes ni ha estado afiliado, acarreando una carga injustificada a Colpensiones, con defraudación del sistema

Apelación Dte: **i)** la prueba documental demuestra que el dte estaba realizando cotizaciones en el sistema público antes de la ley 100/93 luego si estaba generando cotizaciones en el sector público con el departamento del Valle, luego si está demostrado un traslado del régimen pensional, **ii)** si bien el dte no estaba en el ISS antes del traslado, conforme la ley 100/93 estaba cotizando en el sector público las contingencias de invalidez, vejez y muerte, **iii)** el fondo omitió dar la información completa al momento de la afiliación al RAIS, no se le dio dicha información, **iv)** en cuadro comparativo, otras personas estaban en cajanal y se trasladaron al RAIS podría decirse que esa fue su primera afiliación, dado que no estaban afiliados al anterior régimen a quienes mediante decreto se determinó su traslado al ISS, teniendo igual en cuenta que en el año 1994 entran a regir los dos regímenes donde se obliga al ISS recibir esas cotizaciones del sector público y si esa afiliación al RAIS fue nulo, debe recibirse en el régimen de prima media.

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, por lo cual procede la Sala de decisión a dictar la siguiente providencia.

SENTENCIA No. 169

La sentencia APELADA debe **REVOCARSE**, son razones:

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

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

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.

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.

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

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 si 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 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.

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 desvirtuarlo 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.

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019**

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

CASO CONCRETO

Lo que está probado en este proceso, es que tal y como se ve a folio 27, la demandante cuenta con tiempos laborados en el **DEPARTAMENTO DEL VALLE** desde el **04 de marzo de 1991 al 19 de enero de 1998**, para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. COLFONDOS** el **09 de julio de 1995** (fl. 181) para luego movilizarse a **PORVENIR S.A.** el **21 de agosto de 1998** (fl. 103), sin que pueda entenderse la no pertenencia al RPM por parte del actor por contar con tiempos en el sector público, pues la **ley 100 de 1993 en su artículo 52¹²** así lo autorizó cuando habilitó dichos periodos para ser administrados en el régimen de prima media del ISS.

Es por ello que para la Sala, al no contarse dentro del plenario con prueba de haberse realizado la debida información a la actora en el momento de su traslado al RAIS, no hay duda de la nulidad de dicho traslado, debiendo retornar la actora la Régimen de prima media como lo dispuso la ley 100/93 con la entrega de los dineros realizados por aportes en el RAIS, sus bonos pensionales, gastos de administración y todo dinero perteneciente a la cuenta de ahorros individual de la actora.

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.

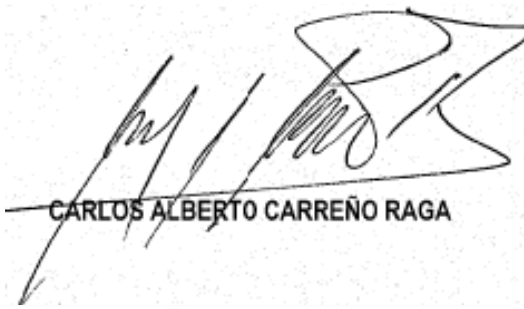
RESUELVE

1. **REVOCAR** la Sentencia apelada y en consecuencia se declaran no probadas las excepciones propuestas, por lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.
2. **DECLARAR** la nulidad de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual de la señora **FLOR ELISA RUEDA QUEVEDO** realizado en el fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.** y consecuentemente la afiliación que posteriormente hiciera en el fondo **PORVENIR S.A.** y por consiguiente se le ordena a COLPENSIONES recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
3. **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones **PORVENIR S.A. y a la AFP COLFONDOS S.A.** a devolver al RPM todos y cada uno de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante FLOR ELISA RUEDA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas o cotizaciones, con todos sus frutos, rendimientos e intereses como los dispone el **artículo 1746 del C.C.**, así como todos los gastos de administración descontados a la actora.

¹² **ARTÍCULO 52. ENTIDADES ADMINISTRADORAS.** <Ver Notas del Editor> El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.
Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.
Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria⁴⁰.

4. **COSTAS** en ambas instancias a cargo de los demandados COLFONDOS y PORVENIR en partes iguales, a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijarán en el momento procesal oportuno.

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 GOEZ VINASCO