



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.\_172**, 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) **GLORIA AMPARO MUÑOZ GARCIA** en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, bajo radicación N° **016-2018-0017-01** en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por Porvenir y el Demandante en contra de la *sentencia N° 027 del 20 de febrero del 2019 proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **DECLARÓ** la NULIDAD DE LA AFILIACIÓN realizada a PORVENIR quien debe realizar el traslado al RPM, el traslado de dinero a COLPENSIONES. Ordenó a COLPENSIONES reconocer pensión vejez desde el 01/diciembre 2014, de salario mínimo, pagar retroactivo al 31 de enero 2019 por valor de \$48.824.427 con los incrementos de ley. Intereses moratorios a partir del 01 de abril de 2018 sobre las mesadas a cargo, descuentos en salud y Costas a cargo de Colpensiones y Porvenir.

**Apelación Porvenir:** i) el actor se trasladó de forma libre y voluntaria, el actor reconoce que recibió toda la información necesaria, ii) no existe presupuesto de hecho ni de derecho en contra de la representada que ha actuado de buena fe por lo que debe absolverse a la presentada.

**Apelación demandante:** a) la demandante desde la presentación de la demanda hizo las gestiones necesarias para obtener el traslado a colpensiones sin tener respuesta por las demandadas, sin que se le tuviera en cuenta que tenía los beneficios de la sentencia SU por ser beneficiaria del RT pueden retornar en cualquier tiempo con los beneficios del régimen, b) como la demandante cumple los requisitos derecho a la pensión desde el 20 de marzo de 2010 y realizó las peticiones necesarias el 30 de septiembre de 2013 sin obtener respuesta alguna solo hasta el 10 de julio de 2015 y presentando la demanda en enero de 2018 por lo cual no ha transcurrido mas de 3 años conforme el art. 6 CPTSS, tiene derecho que se reconozca el derecho pensional desde antes de la fecha condenada por el juzgado, c) así también corren los intereses desde antes de la fecha dispuesta por el juzgado, d) debe tenerse en cuenta la sentencia de la corte T-22 de 2012 en un caso similar a este y es el reconocimiento de mesas desde la primera solicitud o causación de una persona de características de especial protección por tener por parte de Colpensiones información errónea para adquirir el derecho pensional, siendo en este caso que Colpensiones nunca emitió una respuesta a la actora.

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. 168**

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

En primer lugar, se aborda, conforme la posición mayoritaria de la Sala, la consulta de la nulidad declarada en la sentencia, para luego, de ser menester analizar los temas de las apelaciones no resueltas, así como la consulta del derecho pensional.

El aseguramiento pensional, como todo acto negociar 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 información<sup>1</sup>, 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 pensional<sup>2</sup>.

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 social<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>, 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, acuña de modo perfecto el resultado, las pautas procesales de la negociación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> T-247

<sup>4</sup> doctrina

<sup>5</sup> 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

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 cabalmente<sup>6</sup>, 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 precedente<sup>7</sup>.

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 administración<sup>8</sup> **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

---

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 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.

<sup>6</sup> Sentencia Rad. 31314 de 2008

<sup>7</sup> **ST 1391/2020**

<sup>8</sup> **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 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 traslado<sup>9</sup>.

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 indefinida<sup>10</sup> 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 formulario<sup>11</sup>.

## CASO CONCRETO

Lo que sí está probado en este proceso, es que la demandante estuvo en el régimen de prima media con afiliaciones al ISS desde el **27 de noviembre de 1974** (fl. 22), al igual que con el empleador ALFREDO CANEDA NOTARIO 1° de Cali del **01/ene/86 al 15/juni/91** (fl. 37), para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. PORVENIR S.A. el 01 de febrero de 1999** (fl. 151), sin que en ese traslado al RAIS, se acredite por parte del fondo, la debida información previo el traslado del régimen, por consiguiente, para la Sala no hay duda de la nulidad del traslado de régimen decretada por la instancia.

## CONSULTA Y APELACIÓN DERECHO PENSIONAL

Ya en lo concerniente al derecho pensional, hay lugar a revisar en consulta a favor de la demandada estas condenas, para lo cual hay que apoyar la procedencia del derecho pensional y su aplicación del régimen de transición del **art. 36 de la ley 100/93**, toda vez que al **01 de abril de 1994**, tenía **39 años** de edad (fl. 18)<sup>12</sup>, luego le son aplicable las disposiciones del Decreto 758/90, como lo dispuso la instancia.

Cumpliendo también con los **55 años** de edad en enero del **año 2010** cuando alcanzaba **1.361 semanas**<sup>13</sup>, superando incluso las del AL 01/2005, pues para junio del **año 2005** tenía **809,95 semanas** (fl. 22, 24, 26, 42); siendo su última cotización en **febrero de 2008** (fl. 43). Así las cosas tiene derecho al reconocimiento pensional desde la edad pensional el 20 de marzo del 2010, en la cuantía dispuesta por la instancia del salario mínimo legal vigente, cifra favorable a los intereses de la demandada de quien es a su favor la consulta.

El retroactivo es sobre **14 mesadas** al año por ser una pensión causada antes del **31 de julio de 2010** por el AL 01/2005 y contrario a lo apelado por el actor, se encuentra parcialmente prescrito por causarse la pensión en **marzo del 2010**, sin que se evidencia presentación de reclamación administrativa de la pensión de vejez, la que pudo haber sido radicada en conjunto con la solicitud de traslado que se realizó a COLPENSIONES el **30 de septiembre de 2013** (fl. 44), pues para esa fecha

<sup>9</sup> Sentencia de 1944:

<sup>10</sup> **Sentencia SL 2817 de 2019**

<sup>11</sup> **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

<sup>12</sup> 20 de marzo de 1955

<sup>13</sup>

239,4 Notaria fl. 25

359,57 ISS fl. 22

763 RAIS fl. 42

1361,95 total

ya contaba con el cumplimiento de los requisitos pensionales, radicándose la demanda el **12 de enero de 2018** (fl. 90), cuando ha pasado el trienio del **art. 151 CPTSS**; por lo que el retroactivo es desde el **12 de enero del 2015** y no como lo dispuso la instancia desde el **01 de diciembre de 2014**, por lo que al ser estudiado igualmente la consulta a favor de Colpensiones, se modificará la sentencia en este punto.

Así las cosas lo adeudado por este concepto hasta el del **03 de diciembre de 2015 al 31 de octubre de 2019** la suma de **\$31.177.168**, suma inferior a la concedida por la instancia, luego se modifica la condena en favor de la demandada, del cual deben igualmente realizar los descuentos en salud.

Respecto a los intereses moratorios, para la Corporación hay lugar a conceder los mismos, pero como quiera que la pensión de vejez se causó en el **año 2010**, fecha para la cual el actor se encontraba en el fondo **PORVENIR** y es solo con la presente demanda que se pretende el derecho pensional y con la sentencia se retorna al RPM y se concede la prestación por vejez, éstos intereses deben operar sobre las mesadas no prescritas reconocidas y liquidados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, como lo dijo el juzgado, siendo a partir de esta data, que recae en Colpensiones la obligación de recibir en el régimen al demandante, con todos los efectos que este acto implica, como es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del régimen.

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. **MODIFICAR** el numeral 2º de la sentencia y en consecuencia se ADICIONA CONDENANDO a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos y cada uno de los dineros recibidos por la cuenta de ahorro individual de la señora **GLORIA AMPARO MUÑOZ GARCIA**, por concepto de gastos de administración. por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Confirmar el numeral en todo lo demás.
2. **MODIFICAR** el numeral 1º de la sentencia consultada y en consecuencia se declara parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **12 de enero del 2015**, conforme se explicó en la parte motiva de esta sentencia.
3. **MODIFICAR** el numeral 3º de la sentencia consultada y en consecuencia se reconoce el retroactivo pensional del **12 de enero de 2015 al 28 de febrero de 2019** por la suma de **\$31.177.168**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
4. **MODIFICAR el numeral 5º** de la sentencia consultada y en convención condenar al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, los cuales se liquidan a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
5. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por las razones en la parte motiva.

6. SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
 Salvo voto parcial consulta nulidad  
 Aclaración Adición gastos adm.

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

  
**GERMAN DARÍO GÓEZ VIÑASCO**

FECHAS		VALOR PENSION	# DE MESADAS	VALOR
DESDE	HASTA			
12/01/2015	31/12/2015	644.350	13,40	\$ 8.634.290
01/01/2016	31/12/2016	689.454	14	\$ 9.652.356
01/01/2017	31/12/2017	737.717	14	\$ 10.328.038
01/01/2018	28/02/2018	781.242	2	\$ 1.562.484

**TOTAL** **30.177.168**  
 JUZGADO \$ 48.824.427



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**

**ORDINARIO APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA**  
**LUIS CARLOS VILLEGAS MÉNDEZ**  
Contra  
**PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**  
Radicación N° 004-2018-0338-01

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

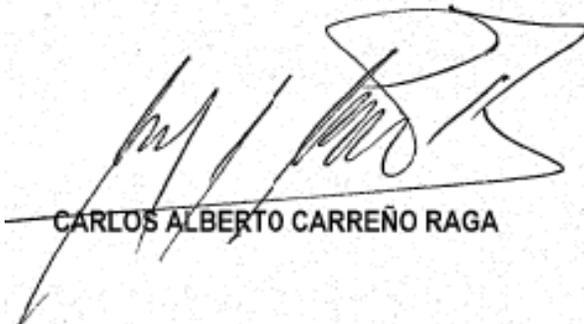
A mi juicio no resulta procedente al estudio en grado de CONSULTA de la sentencia proferida en primera instancia, destacando:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de COLPENSIONES, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (**C -177/98**).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los **artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993**, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar *ope legis*.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad 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 acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.

## ACLARACIÓN DE VOTO

Respecto a los gastos de administración, a mi juicio, su devolución es consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado, siendo de suyo obligación de la administradora del RAIS al momento de devolver los aportes, asumir éste rubro e igualmente devolverlo al régimen de prima media con prestación definida.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA