



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

Hoy **11 DE DICIEMBRE 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 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No.347**, 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) **CARMEN ELENA CRUZ CABRERA** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, bajo radicación **-013-2022-00066-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por las **demandadas** en contra de la **sentencia No. 128 del 08 de agosto de 2023** proferida por el **Juzgado 13º Laboral del Circuito de Cali**; en dicha providencia se **declara la ineficacia de la afiliación al RAIS** administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, ordena a la AFP devolver a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos, incluyendo los gastos de administración, las comisiones, la deducción para garantizar el seguro previsional, el porcentaje con destino el fondo de garantía de pensión mínima y todo lo que sea anexo a la cotización, debidamente indexado, al igual que la información completa sobre ciclos de cotización y sobre ingresos base de cotización. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. A Colpensiones realizar la afiliación en su régimen, así como recibir tanto los recursos como la información actora, contabilizarlos como si la demandante hubiera estado afiliada durante esos ciclos efectivamente cotizados al RAIS, a ese fondo común, sin solución de continuidad respecto de los ciclos efectivamente cotizados al RAIS, debiendo igualmente, proceder con la actualización de la historia laboral. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: i) La jurisprudencia de la CSJ en su SL la ha sido pacífica en establecer en cabeza de los fondos de pensiones desde su creación el deber de información -sentencia Rad. 71314 de septiembre de 2008-; así como la inversión de la carga probatoria cuya responsabilidad también recae en estos; ii) los jueces deben considerar en sus decisiones el precedente judicial vertical que emana de la SCL de la CSJ al ser éste el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante, siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, para así acatarlo o disentir del mismo, asumiendo la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del descenso; iii) respecto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial, se debe estudiar en contraste con el artículo 271 ley 100/93, de donde deviene que la ineficacia es predicable, tanto el traslado, como de la afiliación o alta inicial. No advirtiéndose cuál es la relevancia de que sea un traslado o de que sea una selección inicial de un régimen cuando precisamente en esa afiliación inicial del régimen también está el deber de informar las condiciones básicas o las características básicas del RAIS o incluso con los elementos clave objetivos para de alguna forma de diferenciarlo del RPM. Cita sentencia 127/23 del 19 de mayo de 2023, M.P Carlos Alberto Oliver Gale, donde el TSD de Cali realizó una interpretación frente a la procedencia de la ineficacia en tratándose de quien nunca ha estado afiliado al RPM, la cual se acoge por parte del despacho; iv) en tal sentido, no se cuenta con ningún medio probatorio que dé cuenta sobre la asesoría que se le brindó la AFP a la demandante al momento de la afiliación, carga de la prueba que le correspondía y respecto de Colpensiones, si bien no se advierte en su actuar una responsabilidad en el reclutamiento de la afiliada por parte de fondo privado, ni en la toma de decisión, bajo la manifestación que hace la parte actora en su demanda, deberá gestionar la afiliación del demandante, con base en los efectos de la nulidad que se realiza; v) es viable declarar la ineficacia de la afiliación de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos; vi) no opera la prescripción, conforme la jurisprudencia aplicable considera estar directamente atado a la consolidación de un Derecho pensional, pues es imprescriptible.

Apelación Protección S.A.: a) El presente asunto no se trata de una nulidad, la actora jamás ha estado afiliada a Colpensiones, ni con ninguna caja de previsión social, luego no se le puede endilgar responsabilidad alguna a la entidad; b) la actora se afilió desde el año 1996, por lo que tuvo la oportunidad de revisar o de trasladarse de manera oportuna a Colpensiones, pero no lo hizo, por lo que, solicita se tenga en cuenta la sentencia SL

1806/2022, reiterando no tratarse el asunto de a una nulidad, por ello la actora pues no es derecho de esa pretensión para retornar a un fondo donde jamás ha estado afiliada.

Colpensiones: a) siendo consecuente con lo que se ha manifestado en la contestación de la demanda y lo expuesto en de los alegatos de conclusión, reitera que la declaración de la ineficacia del traslado de un afiliado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados, cita sentencia SU 062 del 2010 y C-1020 de 2004 donde se indica, que nadie puede resultar beneficiado con los recursos que son ahorrados por los demás afiliados a este sistema; b) De igual manera, esa corporación en sentencia de unificación, manifestó que únicamente aquellos afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 01/04/94, fecha en la cual entró el sistema general de pensiones, pueden trasladarse en cualquier tiempo de un régimen a otro; c) la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797/03 por estas a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima para gozar de la pensión de vejez, por lo que no podría, realizar dicho traslado; d) la demandante nunca estuvo vinculada al antiguo ISS o a Colpensiones, sino que su afiliación inicial fue en el RAIS, tal como lo ha manifestado la apoderada de Protección. La CSJ en sentencia SL 1802/22 manifiesta que si la demandante nunca formó parte del RPM y se discute la eliminación de la afiliación al RAIS, pues no se puede generar el efecto anhelado, pues nunca existió un vínculo jurídico previo con ninguna administradora pensional; e) pide dar aplicación a las sentencia STL 9388/22 y SL 4211 del 2021.

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.275

La sentencia APELADA debe **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia, la que para la Corporación no se refiere a la del traslado, sino de afiliación, habida cuenta que en el año de 1996 se realizó la afiliación al RAIS, sin que anterior a ella existiere afiliación al RPM, situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social, lo que conforme al código civil apareja consecuencias trascendentales, deja sin efectos la afiliación (indebida información).

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

INEFICACIA DE AFILIACIÓN 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

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.

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 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 en la afiliación al 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

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-427 de 2010**: 5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.

4SL r. 3114DE 2008.

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

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

obligaciones generadas con los traslados de régimen; **el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes a aquel y no a la aseguradora, (sentencia C-177 de 1998)**, suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos surgidos con la ineficacia declarada. Es que la lectura de los dispositivos normativos ya relacionados en clave de la mentada sentencia de constitucionalidad no deja duda de las consecuencias jurídicas pregonadas.

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

El Derecho civil como realidad originaria y jurídica de las obligaciones consagra desde siempre para el actuar ilícito del condenado determinadas 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 de la afiliación.

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

Se debe también anotar respecto de la proscripción restrictiva para el traslado de régimen pensional del Art.107 de la ley 100 de 1993, que ella tampoco tiene lugar en este evento, por cuanto de lo que aquí se trata es de la ineficacia de traslado, asunto diferente al tema de la movilidad pensional restringida, distinción y diferenciación a que está sometido el juez de la seguridad social, que, entre otros eventos, impide dar aplicación analógica a sus consecuencias y resultados, más si hay afectación a **derechos fundamentales**, como se indica en la tutela 191 de 2020⁸.

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 indefinida⁹ 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 formulario¹⁰.

5.- Inversión de la carga de la prueba.

6 . En pronunciamientos anteriores, la Sala de Casación Civil ya había manifestado, con alguna suerte de sutileza, su sentir en cuanto al reconocimiento de los diversos temperamentos de la ineficacia, en tanto ya distinguía diversas concreciones de la ineficacia negocial, en particular, la nulidad, inexistencia, resiliación y resolución. Sobre este punto, Cfr. Cas. 15 de junio de 1892, VII, p. 261; cas. 15 de marzo de 1941, L, n.º1967-1969, p. 802 y ss; cas. 15 de septiembre de 1943, LVI, n.º 2000-2005, p. 125 y 126; cas. 18 de septiembre de 1944, LVII, n.º 2010-2014, p. 580; cas. 2 de julio de 1963, CIII-CIV, n.º 2268-2269, p. 76 y 77; cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 138 y ss. De forma más reciente, la Sala de Casación Civil ha hecho ahínco en las diferencias que dimanar de las diversas categorías de ineficacia, Cfr. cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 20-29; cas. 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286-31-84-001-2005-00238-01, p. 18-21.

⁷Sentencia Rad. 31314 de 2008

⁸ La Sala Novena de Decisión concluyó, entonces, que la indebida aplicación normativa, así como la falta de apreciación probatoria en su conjunto, configuran una vulneración al derecho fundamental debido proceso, así como al derecho fundamental a la seguridad social, en su dimensión de derecho a la pensión y los principios de libertad de elección e información.

⁹ sentencia SL 2817 de 2019

¹⁰ Sentencia Rad. 31314 de 2008

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que, la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones en donde brilla, por un lado, la parte débil -el tomador de seguro- y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros. Motivación por 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 que media la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al de la seguridad social en pensiones si no se efectúa el traslado con respeto; del mismo modo debe indicarse proceder la ineficacia del traslado y no su nulidad, tal como lo destaca la jurisprudencia.

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

6. Falta de prueba de la debida información.

Es importante avisar para este de afiliaciones al RAIS, no haberse acreditado por parte del fondo haber brindado la debida información previo realizar la afiliación al régimen, deber de información que se predica para todos los afiliados. Por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia de la afiliación al 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), donde la prevalencia de la ineficacia radica en el hecho de la ausencia de la información y no en la pertenencia o no previamente a cualquier fondo pensional.

III) Prescripción.

Finalmente, es claro no operar el fenómeno de la prescripción, por cuanto la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos no sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, ya que, al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de ineficacia se encuentra revestida de la imprescriptibilidad, **art 48º Constitución Política**. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1688 del 2019, al respecto considero: *“que la acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible”*, afirmando en la misma sentencia que:

“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...”

Todos estos argumentos por sí solo dan lugar a la prosperidad de la ineficacia, 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**.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el (a) demandante se afilió al RAIS administrado por **PROTECCIÓN** en **septiembre de 1996** (pág. 83 archivo 10ContestaciónDemandaProtección; cuaderno juzgado). Sin embargo, se echa de menos en las piezas procesales la debida información al momento de su afiliación al RAIS, lo que hace procedente la declaratoria de la instancia sobre la ineficacia de la misma, con independencia de si estuvo o no afiliado previamente al sistema general de pensiones, lo que deviene en las consecuencias dispuesta por el juez de instancia, tal y como se ilustró en las disposiciones expuestas en la presente providencia en líneas anteriores.

I) Obligación de la debida información al momento de la afiliación.

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias alegadas, pues dicha obligación impera con base no solo en la principalística referida desde 1887, si no que se constituye legislativamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se impide con el hecho de no proporcionar la información correspondiente, tema que 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 esta afiliación al RAIS, no haberse acreditado por parte del fondo haber brindado la debida información previa a su vinculación al régimen, deber de información que se predica para todos los afiliados, pues para ese momento no era pensionado. Por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia de la afiliación al régimen junto con la consecuente vinculación al RPM y la devolución de los gastos de administración y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, como consecuencia de la ineficacia como se ha dispuesto en la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores (**STL 11947-2020**).

De modo igual cabe señalar a las demandadas que la declaratoria de ineficacia de la afiliación del (a) actor (a) no traduce en automático reconocimiento de los beneficios pensionales que consagre la norma de la seguridad en el régimen pensional al que se afilia válidamente, pues para el otorgamiento de cualquier prestación del sistema, es exigencia indispensable el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos pensionales consagrados en la norma, lo que en su momento debe soportarse ante el fondo pensional al que pertenezca la demandante, por lo que no puede hablarse de desfinanciamiento del sistema, partiendo del hecho que todos sus aportes serán trasladados para el financiamiento de cualquier y eventual prestación a la que se tenga derecho.

Es de ver que la orden de invalidar la afiliación al sistema, no conlleva para COLPENSIONES irregularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones (tal y como lo ordenó el juez de instancia), y de la que resulta procedente dar la orden de hacerlo en forma indexada; de modo que esa llegada al régimen no le impone automáticamente condena de prestación alguna a COLPENSIONES, solo recibir en el momento en que el fondo del RAIS lo haga, los dineros correspondientes.

En relación con los gastos de administración y demás sumas adicionales, sumado a los considerandos anteriores, debe manifestarse que, con el referido decreto no se regula el alcance o suficiencia de la condena judicial, de modo que no podría ser este entendido como limitación a la consecuencia legal de la declarada ineficacia del traslado, es más, lo indicado en la sentencia no responde al traslado de recursos dentro de la dinámica del sistema pensional, además de contar el juez de primera instancia, con facultades extra y ultra petita que le permiten de estar probado y debatido en el proceso, ordenar los derechos o condenas que considere.

PROTECCIÓN ha tenido a su cargo el recibo y administración de los aportes del demandante, eso incluye, tal y como lo ordenó la juez de instancia, todos y cada uno de los valores que haya recibido por concepto de aportes, gastos de administración, seguros provisionales, entre otros descontados y recibidos durante el tiempo que estuvo afiliado en su administradora, tema que incluso ha sido motivo de discusión por la Sala Laboral de la Corte Suprema quien en recientes providencias (**sentencia SL 4782 de 2021**¹¹, **SL3156-2022, SL3155-2022, SL2177-2022**) ha ordenado que las devoluciones a COLPENSIONES deben llevarse a cabo con 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**), luego en ese aspecto tampoco prosperan sus alzas.

Finalmente, se considera no resultar procedente el estudio de la ineficacia en grado de consulta frente a COLPENSIONES, pues siendo libre para hacerlo, ésta ya expuso los motivos que a su juicio eran la causa de su disentimiento frente a la providencia del juzgado, por un lado, por otro, no se trata de un desfinanciamiento del sistema¹² ni perjuicio alguno en su contra¹³, es de considerarse en este evento que sí se apeló aunque de forma infructuosa (**Corte Suprema de 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. **CONFIRMAR** la sentencia apelada; por lo dicho en la motiva de esta sentencia.

¹¹ SL 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.”

¹² **SL3607-2022, Radicación n.º 88947 del 11 de octubre de 2022**: “A diferencia de lo que estima Colpensiones, la declaratoria de ineficacia del traslado no desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala, tal declaratoria trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021), y con ello el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual a efectos de financiar las prestaciones que reconoce el régimen de prima media (CSJ SL2059-2022).

Lo contrario contradice el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. “

¹³ Cabe precisar que la Corte Suprema en proveídos de casación ha manifestado no existir perjuicio alguno en contra de los fondos privados al entenderse que los dineros materia u objeto de traslado no pertenecen a esos fondos, y por eso no procede el recurso de casación.

2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN a favor de la demandante; se fijan las agencias un salario mínimo legal mensual vigente a la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADO

Los magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos judiciales
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Analizado el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral y su Sala de Descongestión, en recientes pronunciamientos han señalado la improcedencia de la ineficacia de la primera afiliación al RAIS, pues solo resulta oportuno declarar la ineficacia de traslado cuando el afiliado estando en el RPM decide trasladarse al RAIS.

En efecto, en sentencia STL 9388 de 2022 sostuvo la Corte:

“Corolario de lo anterior, se tiene que la tutelante perdería su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, y a quien además debería restituírsele lo que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 puede efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 54 años de edad y nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.

Así las cosas, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; aunado que, acceder a la pretensión de la señora Gil Savastano, es decir, ordenar su afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, que en su caso no está permitido en los términos contenidos en el art. 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.”

Asimismo, en sentencia SL1806-2022:

“Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

Y en sentencia SL 4211-2021 la Sala de Descongestión sostuvo:

“No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio

desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Lo previo no implica que, si el demandante considera que se lesionó su derecho, no pueda obtener la reparación, de conformidad con el artículo 2341 del CC. Sin embargo, como en el examine el objeto de la litis se centró frente a la ineficacia de la afiliación y no se reclamó el resarcimiento de los perjuicios, la Sala esta imposibilitada para valorar de oficio la procedencia de alguna indemnización total por daños ocasionados.”

En consecuencia, siguiendo el precedente judicial, si la parte interesada no ha estado afiliada a Colpensiones o a una caja de previsión que integrara el RPM, entonces, no existe ningún vínculo jurídico previo con una administradora pensional, por lo que no es procedente obligarla a recibirla al accionante como afiliado.

Firma digitalizada para
Acto Judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

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



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO