



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

Hoy 22 de **NOVIEMBRE DE 2023**, siendo las **2:00PM**, la Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO y el Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, y previa discusión y aprobación en sala virtual, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 287**, dentro del proceso **ordinario laboral de Primera Instancia** adelantado por **JAMES ANTONIO ZAPATA DUQUE** en contra de **COLPENSIONES, SKANDIA, PROTECCION S.A y PORVENIR S. A.**, bajo radicación N° 76001-3105- 004-2019-000513-01.

En donde se resuelven las apelaciones de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** en contra de la **sentencia No 200 del 21 de octubre de 2021**, proferida por el *Juzgado 2 ° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual se declara la INEFICACIA de la afiliación del señor JAMES ANTONIO en PROTECCION S.A, e igualmente se declara la ineficacia en el FONDO PORVENIR S.A. y en SKANDIA. ORDENA a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, las primas de seguros provisionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio. ORDENA a COLPENSIONES reciba de parte de SKANDIA la totalidad de lo ahorrado por el demandante junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, afiliando Colpensiones nuevamente al demandante en dicha entidad y conservando para ese efecto el actor, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual sin imponerle cargas adicionales al afiliado. CONDENA en costas a las partes vencidas en juicio.

Razones del juzgado: **i)** Aplicando al caso concreto el plazo en esas normativas y las jurisprudenciales mencionados, no se desconoce que en efecto, el demandante sí realizó un traslado con firma del formulario de afiliación en su momento a horizonte hoy porvenir y posteriormente Colfondos, no obstante, las administradoras RAIS no han cumplido con la carga de la prueba que les incumbe, pues tenían la obligación de probar que al momento de trasladarse se le suministró la información completa y detallada acerca de las consecuencias del traslado, a futuro y que implicaba; que le suministraran la información, entre otras, acerca de la distribución de sus aportes, lo que se destinaría gastos de administración para poder calificarse como libre y espontánea. Y mucho menos que se hubiera informado sobre la posibilidad que tenía que trasladarse en el tiempo preciso que sea, que contaba para que regresara al régimen de prima media., **ii)** señala el juzgado que la prueba de interrogatorio de parte practicado el actor fue enfático en señalar que esta información nunca lo recibió y que al momento en que se escribió el formulario no se le indicó, No obstante, su condición de abogado., **iii)** se echa de menos la prueba de la información clara, precisa, completa y comparada que era recibido que no se supera por el traslado entre administradoras de régimen de ahorro individual., **iv)** De acuerdo con lo expuesto el despacho encuentra fundadas las aspiraciones, situación que resulta suficiente para la ineficacia de la filiación.

Apelación Colpensiones: **a)** se absuelva de todas las pretensiones incoadas y es por el hecho en razón a que el despacho da por cierto que el demandante no recibió por parte de la AFP con el primer traslado, toda la información sobre los beneficios y ventajas de manera clarificada, es importante indicar, y lo trae a colación nuevamente lo indicado en los alegatos de conclusión, en el sentido de que la norma que rige el asunto, si es cierto imponía dicha obligación, no es menos cierto que no debía rendirse o quedar plasmada a través de un medio o documento que así lo acreditaran, tanto es así que si bien es cierto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Superior de Cali Sala laboral, es pacífica en indicar que hay un deber de información, no es menos cierto que en la disposición que exista un deber en su momento de la celebración del acto jurídico, estamos hablando del año 1997 que exista un documento que quede plasmado esa característica, porque dicha obligación nació con posterioridad a la celebración del acto jurídico, es decir, que se debió aplicar dicha disposición normativa en su art 97 del Estatuto financiero., **b)** De otro lado, solicita al honorario Tribunal se analice la particularidad del caso en cuestión, toda vez que el actor es una persona cualificada, no atribuible la calidad de engaño y presenta actos de relacionamientos, en el cual realiza diferentes traslados dentro del Rais, con la finalidad o móvil de obtener del mismo un beneficio para su futuro pensional., **c)** En el presente

caso no debió declararse la ineficacia del traslado y por lo tanto, se debió absolver a la demandada de todas y cada una de las condenas, incluso inclusive el relacionado con la condena en costas, no siendo más, deja sentados sus argumentos de la apelación.

Apelación Skandia: 1) De conformidad con lo establecido en los numerales 3º donde se condena a la apelante a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos en caso de que llegasen a existir y gastos de administración, la prima de seguros y el porcentaje de garantía de pensión mínima, interpone recurso con el fin de que se revoque de manera parcial, con respecto a los gastos de administración si se tiene en cuenta que los mismos tienen una fuente legal en la ley 100 de 1993, el artículo 104 autoriza el cobro de las comisiones y los gastos de administración así mismo, si bien se establecieron que se establece la condena de los mismos debajo de unos supuestos fácticos de repente o de suerte se hayan establecido en jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia en la sala laboral, pues tales supuestos fácticos para el presente proceso no resultan ser iguales o similares o parecidos al contexto de las de las sentencias en las cuales se habla sobre la condena de los gastos de administración., **2)** es relevante establecer que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial en este tipo de indicios la consecuencia jurídica, pues en efecto, estamos de acuerdo con que se declare la ineficacia, como lo indica la jurisprudencia, pero los defectos ya vienen siendo regulados por el legislador colombiano, de manera que se permite señalar, primero, decir que el artículo 20 de la norma de 1993 estableció que un porcentaje del ingreso base de cotización eran destinados a financiar los gastos de administración, y las primas de seguros de invalidez y de sobrevivencia., **3)** artículo 7 del Decreto 3995 del 2008 señala las reglas cuando se da el traslado ente rais y rpm, pues ha establecido que al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación, procede el traslado de saldos de la cuenta que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos , así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos, de allí que no existe un sustento legal para que se ordene trasladar gastos de administración, las primas de seguros de invalidez, sobrevivencia de tal suerte, señores magistrados, que si se advierte lo establecido dentro, lo las condenas impuestas por parte del juez, es claro que la condena solamente de los gastos de administración y primas de seguros se estableció solamente en contra de scandia y no en contra de las demás administradoras de fondos de pensiones, lo que no se puede llegar a interpretar con base en lo que se ha venido generando por el Alto Tribunal, es que los demás fondos no estén participando conjuntamente de esta condena, sino que se está condenando únicamente a la apelante, obligándose a restituir unos gastos de administración de los cuales el legislador establecido que es factible proceder a descontarnos como quiera que justamente todos los fondos indistintamente el régimen, deben hacer y que por otro lado, tales recursos ya fueron pagados a la respectiva aseguradora, y por tanto no se encuentran en arcas de la afp., **4)** Así mismo, los mismos también fueron destinados a la Comisión de Administración, teniendo en cuenta que estos recursos pues fueron generados utilizados para la administración de la cuenta. Pareciera que el juez estuviera condenando una presunción de mala fe, cuando se ha establecido por la Constitución Política lo contrario., **5)** si bien es cierto que coexiste la situación de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad en lo concerniente a los derechos pensionales, en lo concerniente a la prescripción, pero tampoco puede llegar a serlo si la irrenunciabilidad o la imprescriptibilidad con respecto a los gastos de administración, adicionales necesarios para financiar el pago de la pensión y por tanto, se le aplican las normas del contrato de seguros y le es aplicable lo relativo a la renuncia, habilidad y la prescripción trienal.

Es bueno recordar que la base fáctica y jurídica del distanciamiento en el presente proceso ha sido plenamente conocida discutida por las partes, así como la sentencia dictada por el a quo, por lo cual procede la Sala de Decisión a dictar la Providencia que corresponde atendiendo a las preceptivas legales.

SENTENCIA No. 219

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

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

1.-Buena fe negocial.

En ese ejercicio cabe señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los

campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

De tal mandato no es ajena la legislación pensional pues los **artículos 13.2 y el 271 de la ley 100 de 1993** dan cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, y no solo eso, sino que postula ese 271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad, una afectación a los **derechos fundamentales de la seguridad social**³ de quien durante toda su vida laboral ha realizado aportes al sistema bajo expectativas falibles.

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social, permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo dentro del RAIS o de traslado de régimen pensional un hecho suficientemente validador de una voluntad así expresada, se impone entonces la materialidad respecto de la 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.

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-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 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

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

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

3.- Consecuencias del actuar ilícito.

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

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

En nuestra legislación no está consagrada la proscripción de la ineficacia del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por petitionarse 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.

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

(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 . 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

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).

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el (a) demandante estuvo afiliado en el RPM del entonces ISS en **febrero de 1996**, realizando traslado al RAIS administrado por **PORVENIR** en **marzo de 1993**, movilizándose en el RAIS a **HORIZONTES** en **septiembre de 2006**, para finalmente a **OLD MUTUAL** en **octubre de 2014** (págs. 54, 57, 58, 33, archivo 01ExpedienteDigital; cuaderno juzgado). Sin embargo, se echa de menos en las piezas procesales la debida información al momento de su traslado al RAIS, lo que hace procedente la declaratoria de la instancia sobre la ineficacia de la misma, con independencia de la movilidad que se haya realizado dentro del régimen de ahorro individual, lo cierto es la inexistencia de la información al momento de llegar a ese régimen, lo que deviene en las consecuencias dispuesta por la 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 para el traslado de régimen.

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

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 estuvo afiliado 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.

PORVENIR y PROTECCIÓN han tenido a su cargo el recibo y administración de los aportes del demandante, por lo que debe incluirse en la orden que dio el 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 2021¹¹**, **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 del traslado 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 disenso 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. MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia apelada quedando de la siguiente manera:**
“TERCERO: ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor JAMES ANTONIO ZAPATA DUQUE, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de

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.

administración, las primas de seguros provisionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio. ORDENANDO igualmente a **PROTECCION S.A** y **PORVENIR S. A** **devolver** a cargo de su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima descontados por cada una durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a cada una de esas administradoras”; conforme lo dicho en la motiva de esta sentencia.

2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás; por lo dicho en la motiva de esta sentencia.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor de la demandante; se fijan las agencias en un salario mínimo legal mensual vigente a la presente sentencia.

SE NOTIFICA EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Vaite

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO



Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Vaite

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Aclaro voto

ACLARACION DE VOTO

Conforme al precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considero que, en los procesos en que se declara la ineficacia de traslado, procede el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones toda vez que implica para esta entidad obligaciones de hacer como es la reactivación de la afiliación del demandante, convalidación de los tiempos, el recibo de los recursos, y en su caso el pago de las prestaciones correspondientes.

Así lo ha señalado la alta corporación:

“Bajo ese contexto, el juez colectivo no incurrió en los dislates de valoración que se le imputan, toda vez que del examen de las piezas procesales denunciadas se colige que el primer fallador emitió órdenes en contra de Colpensiones que, aunque devienen de pretensiones declarativas, sin duda implican obligaciones de hacer para la entidad, como las de recibir los dineros devueltos por parte de los fondos privados, activar la afiliación de la reclamante en el régimen público, sin mediar solución de continuidad y convalidar los tiempos correspondientes en la historia laboral a efectos de que en el futuro acceda a las prestaciones económicas propias de ese régimen, si a ello hubiere lugar.

Además, la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, con todas sus consecuencias, constituyen pretensiones inescindibles con las de retorno y activación en el RPMPD, cuyo estudio debe ser en conjunto, pese a que involucre a diversos sujetos procesales, lo que refuerza el convencimiento que la segunda instancia no erró al colegir que se trataba de genuinas condenas en contra de la entidad pública de aseguramiento social, en la medida en que la Nación es su garante, «*dada precisamente*

la función que se le ha encomendado en el reconocimiento y pago de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida», conforme se dejó sentado en las providencias CSJ STL7382-2015, reiterada en la providencia CSJ AL4848-2015 y CSJ SL18270-2017.” (SL2579-2022).

No obstante, como en este caso se analizaron todos los puntos que debían estudiarse en el grado de consulta, acompañó la decisión confirmatoria.

Firma digitalizada para
Actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
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, nótese que se modificó la decisión en favor de la demandada y se ordenó adiccionarla, en ese orden aclaro mi criterio.

Firma digitalizada para
Actos judiciales



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO