



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

Hoy **30 de octubre 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. 257**, 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) **LUZMILA CECILIA DE ARMAS HERRERA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, bajo radicación **-012-2022-00651-01**, en donde se resuelve la CONSULTA a favor de COLPENSIONES y la **APELACIÓN** presentada por la demandada PORVENIR S.A. y SKANDIA en contra de la *Sentencia No. 11 del 06 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se declara la ineficacia del traslado al RAIS y de todas las afiliaciones que haya tenido a administradoras del mismo y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ORDENA a SKANDIA devolver al RPM el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar. Así mismo, a ambas AFP's devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. También a SKANDIA a entregar directamente a la demandante los aportes voluntarios realizados, con sus respectivos rendimientos. Declara probada la excepción de inexistencia de perjuicios. Absuelve a la llamada en garantía y condena en costas a Skandia S.A. a favor de la misma. Costas a cargo de las demandadas.

Motivos de la condena: i) Conforme la línea jurisprudencia de las Salas ordinarias de la CSJ, se ha definido que el art.11 del dto 692/94 implica que la selección del régimen se debe realizar de manera libre y voluntaria por parte del afiliado, debiéndose verificar la información suministrada al momento de la afiliación al RAIS; ii) en ese desarrollo, obra formulario de vinculación inicial, documento que no es prueba suficiente para demostrar el consentimiento informado en los términos de la sentencia STP 12082/2019, en ese orden, era obligatorio para la entidad haberle mostrado de manera detallada el panorama completo del nuevo régimen al que se estaba afiliando y no solo informar sobre los beneficios, sino también las consecuencias adversas principalmente en materia de capital y condicionamiento para acceder a las prestaciones económicas similares en el RPMPD; iii) conforme las pautas brindadas por la CSJ, el fondo privado no demostró qué información recibió la usuaria al momento del traslado, por lo que tal carencia da a entender que no se cumplieron con esos lineamientos; iv) No puede indicarse que la decisión de la parte actora fue verdaderamente libre, y si bien no se puede alegar engaño, como lo pretende alegar la accionante, no existió una decisión coherente y estudiada sobre la transcendencia del acto jurídico que estaba realizando; v) así las cosas, debe dejarse sin efectos dicho traslado conforme las sentencias SL 1688/2019, SL 2817/2019 y SL 5686/2021, línea J que establece la carga probatoria en cabeza de las AFP, la inoperancia de la prescripción y las consecuencias de la ineficacia, de modo que es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen debiendo realizar el traslado de todos los aportes con sus rendimientos, gastos de administración etc; vi) respecto los aportes voluntarios realizado por el empleador, estos deben ser retornados a favor del afiliado pues hacen parte de su patrimonio, junto con sus rendimientos; vii) a criterio del despacho, esta indebidamente usada la figura del llamamiento en garantía, pues el fondo hace refiere a los gastos de la contratación que realizó con esta aseguradora respecto de las contingencias de invalidez y muerte de sus usuarios, es decir, un contrato comercial que ya se encuentra cerrado, pues en los periodos reclamados el actor no sufrió ninguna de tales contingencias y el seguro no se hizo efectivo, por lo tanto, la aseguradora no está obligada a devolver dineros recibidos, concluyendo que la aseguradora no debe asumir las consecuencias de la ineficacia declarada. Costa a cargo de la parte vencida en juicio.

Apelación demandante: a) Existe responsabilidad de acuerdo con el art. 2341 del Código Civil, es que por culpa de las demandadas se ha incurrido en un daño, si bien el despacho no encontró un nexo de causalidad, la demandante manifestó enfáticamente sobre el dolor que ha sufrido, así como la situación de estrés e intolerancia que le causó enterarse de la diferencia pensional, y en tal sentido asevera que también hay unos

perjuicios para los afiliados y no solamente los pensionados. Cita sentencia SC 5340 del 2018 y. SC 22036 del 2017¹; b) refiere que inclusive la misma OMS ha catalogado el estrés como La enfermedad más común, así como las enfermedades mentales, y todos estos factores que han contribuido inclusive a generar problemas en la salud pública. Cita SC 220336 del 19 de diciembre de 2017 rad. 2009 00114-01; c) contrario a lo manifestado por la juez, sí es un hecho sobreviniente de acuerdo al art. 281 del CGP, que sigue lo dispuesto en el art. 305 modificado por el 181 del CGP, aplicable por analogía del art. 145 del CPTSS, teniendo en cuenta además que la prestación atendía a un beneficio irrenunciable Vital y fundamental Que goza de especial Protección Al ser parte de las prerrogativas mínimas laborales y de Seguridad Social, así como debe darse prevalencia al derecho sustancial de conformidad con el artículo 48 del CPTSS. Modificado por el artículo 7 de la ley 1141 de 2007. Así las cosas, solicita se revoque la sentencia en cuanto a la indemnización de perjuicios morales y de vida de relación y sean cuantificados a la máxima. suma establecida por la CSJ - SCL y condene en costas. a las demandadas.

Apelación Skandia; a) para el momento de vinculación la AFP cumplió a cabalidad con todas las obligaciones en materia de información, en ese sentido no se puede exigir el cumplimiento de formalidades que no se encontraban en vigor, lo cual se constituye en un imposible jurídico y material; **b)** indica que no hizo parte del traslado inicial, por lo tanto, actuó de buena fe y atendiendo la obligatoriedad de aceptar la vinculación de la afiliada y no existió ningún vicio en el consentimiento, error, fuerza o dolo, por lo que no es procedente la declaratoria de la ineficacia de la afiliación derivada del cumplimiento del deber de información, **c)** respecto las consecuencias derivadas de la ineficacia, sostiene que si nunca se administró aportes y rendimientos de la actora, no esta obligada la AFP a devolver los gastos de administración de los demás rubros ordenados, en el entendido, que al hacer la ficción jurídica de que nunca, se afilio pues en esos rubros que descontó el fondo, tampoco sería susceptibles de devolución, **d)** los gastos de administración tienen una destinación legal y fueron invertidos en la en la forma establecida, por tanto, no es dable devolver valores previamente indexados con cargo a su propio patrimonio; **e)** lo mismo ocurre con las sumas de seguro provisional, que se le pagaron a la aseguradora, por lo tanto, no cuenta con esos rubros y para ello se hizo llamamiento, pues sea esa entidad responda por las obligaciones impuestas; **f)** la declaratoria de ineficacia de la afiliación va contravía de la confianza legítima y la buena fe.

Porvenir: a) Indica que cumplió con el deber de información y no participó en la vinculación inicial, por lo que, no puede ser medida con el mismo rasero, destacando que no existía obligación legal que ordenara, dejarse proyecciones y demás; **b)** la demandante contó con múltiples oportunidades para rectificar la información o retrotraer su decisión de permanecer en el RAIS, no obstante, no lo hizo y, por el contrario, empleo los denominados actos de relacionamiento, evidenciando su deseo de permanencia; **c)** del interrogatorio de parte se evidencia que la presente demanda se interpone ad portas de adquirir el derecho pensional y por una diferencia de mesadas, asunto que es netamente de carácter económico; **d)** No opera la condena en gastos de administración, el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales con cargo a su propio patrimonio, en la medida que durante el periodo de afiliación se cumplió con la finalidad de proporcionar el aseguramiento de acuerdo a los términos en ley, además los mismos no están en poder del fondo; las primas de seguros previsionales se invirtieron de acuerdo a lineamientos legales, a cubrir las contingencias de invalidez y muerte, por tanto, tampoco sería pues viable reconocerlo, entendiendo que estos dos rubros, no hacen parte de la mesada pensional que se reconocería a la demandante, -Cita sentencia del 31 de enero del 2023 ponencia del doctor Carlos Alberto Oliver Gale Con radicado 2022-00227, Tribunal Superior de distrito judicial de Cali, donde se revoca la condena impuesta por el juzgado en primera instancia frente a la devolución de los gastos debidamente indexados, pues con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

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. 193

¹ “como una de sus características, su diferencia con el moral, pues tiene carácter especial y con una entidad jurídica propia, porque no se refiere propiamente al dolor físico y moral que experimentan las personas por desmedros Producidos en su salud o por lesión o ausencia de los seres queridos, sino la afectación emocional que como consecuencia del daño sufrido en el cuerpo o en la salud o en otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales causados. La víctima directa o a terceras personas allegadas a la misma genera la pérdida de acciones que hacen más agradable la existencia de los seres humanos. Como las actividades placenteras, lúdicas, el creativas deportivas, entre otras. SC 22036 del 2017.”

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional², situación sustancial que trae consecuencias propias de la seguridad social (ineficacia de traslado), lo que conforme al código civil apareja consecuencias transcendentales, deja sin efectos el traslado viciado (indebida información).

Ahora, pese a considerarse por parte de la Sala no resultar procedente el estudio de la ineficacia del traslado en grado de consulta frente a Colpensiones, pues no hay, desfinanciamiento del sistema³ ni perjuicio alguno en su contra, como en este evento hubo condena en COSTAS en su contra, se considera obligatorio estudiar en consulta sobre ese punto.

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 información⁴, 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 pensional⁵.

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,

² La Sala acoge el criterio plasmado por la CSJ entre otras en sentencias SL1688-2019, SL3464-2019 y SL4360-2019, en cuanto a que se sanciona la falta al deber de información en cabeza de los fondos de pensiones con la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, conforme lo establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

³ 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."

⁴ 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.

⁵ **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.

una afectación a los **derechos fundamentales de la seguridad social**⁶ 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 cabalmente⁷, 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**⁸.

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 consecuencias⁹ (ARTS 1740 –1756, TITULO XX C..C.C)

6 **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.
7SL r. 3114DE 2008.

8 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.

9 . 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.

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 administración¹⁰ 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 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 2020¹¹.

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 indefinida¹² 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 formulario¹³.

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 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 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, 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

¹⁰Sentencia Rad. 31314 de 2008

¹¹ 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.

¹² sentencia SL 2817 de 2019

¹³ Sentencia Rad. 31314 de 2008

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 caso bajo estudio, lo que sí está probado es que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media al que perteneció desde el **05 de agosto de 1986** (archivo 31 HL Colpensiones- expediente administrativo-Cuad. Juzgado), para luego movilizarse al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** el **31 de mayo de 1994**, luego con ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el **30 de agosto de 2004**, de allí con **SKANDIA S.A.** el **20 de septiembre de 2006**, posteriormente con horizonte hoy **PORVENIR S.A.** el **06 de mayo de 2011**, retornando a **SKANDIA** el **22 de agosto de 2012** y a **PORVENIR** el **08 de mayo de 2013** (pág. 41 pdf 14ContestacionPorvenir-Cuad. Juzgado), sin que, con ese primer traslado al RAIS se acredite por parte del fondo, la debida información previa al traslado del régimen, conclusión a la que también llegó el juzgado.

i i l) 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**).

Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, no conlleva para Colpensiones irregularidad 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 no le impone automáticamente condena de prestación alguna a Colpensiones, solo recibir en el momento en que el fondo de pensiones lo haga, los dineros correspondientes, tal y como lo ordenó el juzgado de instancia.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los perjuicios reclamados por la parte actora, impera anotar que en efecto éstos tienen protección legal, por lo que de darse sus supuestos corresponde objetivar su dimensión, punto en el que cabe anotar no encuentra la Sala acreditado bajo los fundamentos planteados cual fue el daño ocasionado o lesión causada por la demandada ante la omisión del deber de información, como tampoco, no ser de carácter presumible el sufrimiento subjetivo del estrés, destacándose que, el precedente jurisprudencial traído a colación estudia precisamente el caso de un pensionado del RAIS, derecho que la aquí demandante aun no adquiere por parte de ninguna de las AFP del RAIS, a lo que se suma el hecho de no haberse reclamo perjuicios ante las AFPS del RAIS Y RPM¹⁴, pues tan solo solicita que por la falta de información se ordene el traslado a RPM.

Respeto las apelaciones de los fondos privados, estos han tenido a su cargo el recibo y administración de los aportes de la demandante, eso incluye, tal y como lo ordenó la juez de instancia, todos y cada

¹⁴ Págs. 20, 38, 45 archivo 02AnexosDemanda

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 2021¹⁵**, **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, en lo referente al llamamiento en garantía realizado por Skandia y reiterado en los motivos de descenso de dicho fondo, este no está llamado a prosperar en tanto que, **i)** si bien el contrato de aseguramiento fue suscrito por Skandia S.A. con Mapfre Seguros, el valor de la póliza en ningún momento fue asumido por la AFP, luego, no es dable que la empresa aseguradora deba retornar la prima pagada como contraprestación legal por ese seguro, toda vez que, las mismas corren por cuenta de la cotización del afiliado, no hacen parte de la comisión de administración de la AFP y su pago obedeció a la vinculación ineficaz (traslado del RPM al RAIS); **ii)** Tampoco se podría intuir un daño por parte de la aseguradora al afiliado con el cobro de la prima, toda vez que se trata de un seguro legal propio del RAIS (modelo de reaseguramiento), que se obligó a pagar al cotizante por fuerza de ley debido a la afiliación al RAIS, misma que se ha concluido, fue ineficaz.

Así, pese a que jurisprudencialmente se reconoce la factibilidad de reparar el daño causado por la ineficacia en el traslado al RAIS, no se puede predicar daño por parte de la aseguradora; toda vez que ese perjuicio lo ocasionó la AFP, además que del contenido de la póliza no se observa que las partes contractuales hayan pactado aseguramiento alguno por perjuicios patrimoniales ocasionados por el traslado de un afiliado del RAIS al RPM o de cobertura de primas debido la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, queda superada la apelación de Porvenir S.A., y Skandia referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia en los casos de afiliación pensional, la devolución de los gastos de administración y el llamamiento en garantía.

Ya en el estudio de la consulta respecto a la condena en costas a cargo de Colpensiones, de conformidad con el citado art. 365 del C.G.P., la Sala encuentra procedente su imposición en tanto que la administradora como parte pasiva se opuso a las pretensiones de la demanda excepcionando en su contestación (archivo 17ContestacionColpensiones- cuaderno juzgado).

Finalmente, como se expuso líneas atrás, para la Sala no hay lugar a estudiarse la consulta, por un lado, cuando se presente por parte del fondo publico recurso de apelación en razón a que este y la consulta tienen un mismo fin que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia,

¹⁵ 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.”

y por otro lado, como ocurre en el presente asunto, con la declaratoria de la ineficacia del traslado no hay desfinanciamiento del sistema¹⁶ ni perjuicio alguno en su contra.

Argumentos estos de la Sala que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la **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 las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV) para cada una de las demandadas.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



Firma digitalizada para
Actos Judiciales

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO



Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN 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

¹⁶ 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.”

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, acompaño la decisión confirmatoria.

Firma digitalizada para
actos judiciales



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, nótese que se modificó la decisión en favor de la demandada y se ordenó adicionarla, en ese orden aclaro mi criterio.

Firma digitalizada para
Actos judiciales



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO