Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Hoy 28 de **SEPTIEMBRE 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 SANCHEZ 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. _213_**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **ANIANO MOSQUERA LOBOA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A**. Bajo radicación **– 004-2021-00030-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por el **COLPENSIONES** y **PORVENIR** en contra de la *sentencia No. 157 del 09 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se DECLARA LA INEFICACIA DEL TRASLADO al Rais. ORDENA a **PORVENIR** devolver la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor FERNANDO ALFONSO DÍAZ ACERO en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay. Así como los gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio. ORDENAR a COLPENSIONES proceda a recibir al actor, la totalidad de lo ahorrado. Así como los gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. ORDENA a COLPENSIONES que afilie nuevamente al demandante en dicha entidad, sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales, conservando para ese efecto todos sus derechos y garantías que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado. costas procesales a **COLPENSIONES** y **PORVENIR.**

Razones del juzgado: Considera que la obligación trasciende del simple deber de información de la A.F.P, y como una emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo en un ejercicio más activo al dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes. Determinó que el fondo privado no cumplió con la carga probatoria que le correspondía de demostrar que en efecto se ofreció toda la información que se requería de forma clara y eficaz al momento que se surtiría el traslado de régimen pensional; lo que pretenden es demostrar que se cumplió con dicha obligación en el formulario de afiliación, sin embargo de tal documento lo único que se observa es una leyenda sobre la voluntad de afiliación que tomo el demandante, no obstante, de ese documento no se desprende que en efecto el fondo del RAIS haya cumplido con la obligación de proporcionar al afiliado todas los beneficios y consecuencias negativas, así como las incidencias que la decisión de cambio de régimen tendría respecto del derecho pensional en proceso de consolidación, es decir, situaciones como el disfrute de la pensión, monto de la mesada, la diferencia en el pago de aportes y la pérdida del régimen de transición en el caso de que el demandante fuera beneficiario de dicho régimen, denotando un actuar falaz de la administradora de pensiones, frustrando su expectativa de pensión acorde con sus ingresos base de cotización. En virtud de la carga dinámica de la prueba, la entidad pasiva debía demostrar que efectivamente haya ofrecido una información veraz en el acto de traslado, sin embargo, no se cumplió con esa carga probatoria. Falencia que es insanable y trae como consecuencia la ineficacia y devolución de los dineros recibidos durante la afiliación.

Apelación Porvenir: a) porvenir al momento de la decisión de trasladarse de régimen pensional cumplió con todas las obligaciones que le corresponde a materia información atendiendo los parámetros vigentes establecidos para el momento es para el año 2006 en ese sentido el demandante recibe la información necesaria y suficiente para comprender las consecuencias de traslado régimen pensional que estaba realizando, **b)** el ordenamiento jurídico de la época de los exigía documentar la naturaleza información que está dando pues simplemente vas a dar con las suscripciones formulario afiliación comprometido establecía el artículo 11 del decreto 692 de 1924; **c)** existe una debilidad negocial en cabeza del actor o una posición dominante en cabeza mi representado si se tiene en cuenta que la relación la relación que surgió entre ellos no es una relación ética contractual como quiera pues que esta relación se rige por las condiciones establecidas en la ley 100 de 1993, el estar contenidas en la ley, se presume de conocimiento, **d)** frente a las consecuencias de retornar todo lo de la cuenta, precisamente gastos de administración, los aportes de la demandante, el fondo ha realizado todas las acciones tendientes a incrementar el patrimonio, hoy hay capital mejor con los

rendimientos, **e)** los dineros fueron utilizados para contratar las pólizas de seguros que Amparo las contingencias de sobreviviencia, amparo que tuvo el actor durante todos estos años.

Apelación Colpensiones: i) si bien es cierto la ley 797 del 2003 permite que las personas que están en el régimen de prima media con prestación definida se hubiesen regresado el régimen de ahorro individual con solidaridad y media pueden regresar en cualquier tiempo también es cierto que debe tener una permanencia de 5 años en el régimen del cual se quiere desvincular y que no falte años para cumplir reconocimiento de pensión y en las condiciones concretas que se encuentra 10 años de pensión ese traslado no podrá hacerse efectiva, **ii)** aceptar el traslado se convierte en una desmejora para que me cotices de manera permanente continua esto por ser una entidad solidaria que cuenta con aportes comunes para realizar los respectivos reconocimiento pensional igual forma no está obligado a mi representada a reconocer el derecho pretendido por el actor, **iii)** no está probado que el demandante haya sido engañado al momento al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún cuando permanece en el régimen de ahorro individual con solidaridad, manifestación entonces de la buena fe en el momento en que se afilia, además al momento de la afiliación era imposible predecir Los ingresos base de cotización sobre los cuales, **iv)** se interpone recurso frente a la obligación de recibir los dineros, pus afecta directa o indirectamente a mi representado razón, siendo un detrimento para la financiación del fondo.

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.

S E N T E N C I A No. 157

La sentencia y CONSULTADA 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 2006 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 transcendentales, deja sin efectos la afiliación (indebida información).

En los casos donde se está ante la primera vinculación al sistema de seguridad social, importa tener en cuenta que coexisten los dos regímenes pensionales, es decir el de RPM y el RAIS por lo que se entiende que desde el inicio de la vinculación el afiliado debe contar con la debida información sobre las incidencias y efectos jurídicos de cada uno de los regímenes, para ello veamos si militan en las actuaciones aquellas conductas o actos permisivos para la ineficacia de la afiliación puesta de presente.

INEFICACIA EN EL 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 información[1], puntos únicos y, además necesarísimos para estructurar y lograr un

1 [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

conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional[2].

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 art, 271 quedar sin efectos los actos que la afecten, lo que de igual forma ocurre en los eventos de afiliación y 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 cabalmente[4], 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

---

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[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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

obligaciones generadas con las afiliaciones al régimen; **el traslado y/o el recibo de un 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 devolver los gastos de administración[7] **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la ineficacia la afiliación o 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 de la afiliación al 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 la afiliación motivo de la nulidad*, lo razona, ser lo examinado referente a las condiciones jurídicas de la afiliación 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, o la no pertenencia a otro régimen anterior, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en esa afiliación o traslado[8].

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 la afiliación inicial, 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 2020[9].

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información aún en los casos donde se inicia la vida laboral y se ingresa por primera vez al sistema de seguridad social, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida[10] se hace menester para la entidad

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 dimanan 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

9 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.

10 [10] sentencia SL 2817 de 2019

aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario[11].

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 qué media la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al de la seguridad social en pensiones si no se efectúa la afiliación con respeto.

I) Obligación de la debida información para la afiliación en el régimen.

Cabe anotar de modo especial, no nacer la obligación de informar debidamente al afiliado solo con las normativas reglamentarias de los años 2014, pues dicha obligación impera con base no solo en la principialistica referida desde 1887 si no que se constituye legisladamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da 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 y que no pierde importancia o relevancia cuando se trata de la primera afiliación al sistema y no de traslado pensional.

II) 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...

11 Sentencia Rad. 31314 de 2008

…. 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 **PORVENIR** en **mayo de 2006**, teniendo previamente tiempos laborados al sector público en el IDEMA en **abril de 1996** (pág. 32 y 33 – 07contestaciónPorvenir, exp digitalizado). 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.

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 principialistica referida desde 1887 si no que se constituye legisladamente para las administradoras en una obligación desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea a que tienen derecho los afiliados se da 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 demandantes, que la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora no traduce en automático reconocimiento de los beneficios pensionales que consagre la norma en el régimen pensional al que se afilie, 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.

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 quien incluso lo hizo 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 PORVENIR lo haga, los dineros correspondientes.

Por último y en relación con los gastos de administración, 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.

Es así que, bajo las consideraciones anteriores, quedan superadas las apelaciones de las demandadas.

Sobre la condena en costas, ante lo impróspero de la apelación, debe en esta instancia, condenarse en costas al fondo apelante conforme lo reglado en el **art. 365 del C.G.P**.

Finalmente, para la Sala no hay lugar a estudiarse la consulta, toda vez que el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, con la apelación de Colpensiones se precisan por parte de la demandada, los errores que a su juicio cometió la instancia, resultando la consulta y el recurso, excluyentes entre sí.

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 las demandadas apelante y a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en un salario mínimo.

NOTIFIÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para Actos Judiciales Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con el respeto por la decisión mayoritaria, salvo el voto parcial respecto a la condena en contra de COLPENSIONES, habida consideración que, resultaba procedente analizar en grado de consulta toda la sentencia proferida por el *a quo*, hecho que no se realizó en la sentencia de la cual me aparto parcialmente, sobre el tema se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión SL 2579-2022 así:

> *Al respecto, cumple recordar que esta Corporación, en las decisiones CSJ SL15202-2015, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3343-2020 puntualizó que por mandato del artículo 69 del CPTSS, el grado jurisdiccional de consulta procede cuando la sentencia de primer grado es desfavorable a la Nación, al departamento, al municipio o a las entidades descentralizadas en las que fuere garante la Nación y su apoderado no impugna los fundamentos del fallo, ya sea de forma total o parcial.*

En ese escenario, el segundo sentenciador, más allá de una facultad, tiene el imperativo de estudiar la totalidad de la decisión, pues la falta de agotamiento de la consulta, genera que la providencia no adquiera firmeza y fuerza ejecutoria.

En los fallos CSJ SL, 8 sep. 2005, rad. 26614, reiterado en los CSJ SL15202-2015 y CSJ SL4041-2017, se ilustró que:

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece un grado de jurisdicción de consulta en dos eventos así:

El primero, cuando la sentencia de primer grado fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador y contra ella no se haya interpuesto recurso de apelación por la parte interesada.

El segundo, cuando la sentencia de primera instancia fuere adversa a la nación, el departamento o el municipio.

En este último caso, que es el que aquí interesa, para que proceda dicho grado de jurisdicción sólo es necesario que la sentencia sea desfavorable a una de las mencionadas entidades de derecho público, aun cuando contra la misma el apoderado que las represente interponga el recurso de apelación o que en igual forma proceda su contraparte. Es decir, que apelada o no, la decisión de primer grado, en cuanto fuere adversa, debe consultarse necesariamente con el Tribunal, por lo cual, si no se agota la consulta, la sentencia no puede adquirir su debida ejecutoria.

Ahora, la consulta, supone la revisión del fallo por parte del superior. En la hipótesis que se examina, cuando la decisión es totalmente adversa a la correspondiente entidad de derecho público, el ad quem resuelve sin limitación alguna. Cuando es parcialmente desfavorable, sólo se ocupará de ello a menos que la parte contraria haya interpuesto apelación.

Pero, se repite, en ningún caso, la consulta puede pretermitirse. En el asunto bajo examen, es claro que la sentencia de primer grado fue adversa al Departamento del Atlántico, por lo cual necesariamente debía consultarse con el Tribunal, quien podía decidir lo pertinente sin limitación alguna, como efectivamente lo hizo, aun cuando la demandante hubiese sido la única apelante. Y aun si ésta no hubiere apelado, la consulta igualmente tendría que haberse surtido a favor del ente públicO

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.

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

ACLARACION DE VOTO

Con el respeto por la decisión de la Sala, aclaro mi voto, En mi criterio, sí procede el grado de consulta en favor de COLPENSIONES. En reiteradas decisiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "Como puede apreciarse, la consulta se halla instituida para la protección de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el artículo 53 de la Carta Política, pues este grado jurisdiccional opera cuando las sentencias de primera instancia “fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador”, siempre y cuando dichas providencias no hayan sido apeladas. Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación". Sin embargo, solo procede **ACLARAR EL VOTO** porque se analizaron todos los elementos que tenían que estudiarse en el grado jurisdiccional de consulta. Resultado de lo cual procedía la confirmación de la decisión