



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
- SALA LABORAL -**

Santiago de Cali, veinticinco (25) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA N° 164
Acta de Decisión N° 048**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**, en orden a resolver la apelación y consulta de la Sentencia N° 40 del 20 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **EFRAIN VARELA ROMERO** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, siendo llamada en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-003-2023-00530-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demanda están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior, se condene a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos; se condene a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de régimen sin exigir cargas adicionales; lo que se pruebe ultra y extra petita.

Los hechos del libelo introductor narran que, el demandante nació el 20 de junio de 1966, es decir que, a la fecha cuenta con 57 años; que cotizó aportes a pensión en el RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy



COLPENSIONES; que posteriormente se trasladó al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** en mayo del 2000.

Sostiene que, fue visitado en su sitio de trabajo por asesores de **PORVENIR S.A.**, los cuales con el fin de lograr su traslado le manifestaron que, obtendría una pensión en el RAIS sería igual o superior a la del ISS, que la pensión dependería de los últimos ingresos o el total del tiempo laborado en caso de ser más favorable y que el ISS desaparecería.

Manifiesta que, pese a lo anterior se omitió exponer el plan pensional, condición de la redención de bono pensional, modalidades de pensión en el RAIS, financiación del sistema, riesgos y desventajas entre regímenes.

Señala que, luego se trasladó a **COLFONDOS S.A.** en agosto del 2003, toda vez que, los asesores de dicha entidad le indicaron que podría obtener mejores rendimientos y una pensión más alta.

Informa que, presentó petición ante **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con el fin de obtener copia de la asesoría brindada al momento del traslado entre otros documentos, sin embargo, las AFP expresaron que no contaban con soporte físico de la asesoría.

En virtud de lo anterior, refiere que solicitó la ineficacia de traslado de régimen pensional ante **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, no obstante, se negaron.

REPLICAS DEL EXTREMO PASIVO

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, no le consta el 2°, 3°, 5°, 6° y 12°, en cuanto a los demás aduce que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN E INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES.**

PORVENIR S.A. de los hechos del libelo genitor expresa que, son parcialmente ciertos el 1°, 2°, 4°, 10° y 11°, que es cierto el 13°, que se trata de una apreciación



subjetiva de la contraparte el 12°, respecto del resto arguye que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones: DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS AFP – NO HAY RETROACTIVIDAD EN LA NORMA PARA EXIGIR OBLIGACIONES NO EXISTENTES EN EL MOMENTO DEL TRASLADO; EFECTOS DE LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO; RESTITUCIONES MUTUAS; ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA SI NO SE DAN LAS RESTITUCIONES MUTUAS; IMPROCEDENCIA DE DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL; BUENA FE; AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO; ACEPTACIÓN TÁCITA DE LAS CONDICIONES DEL RAIS Y PRESCRIPCIÓN.

COLFONDOS S.A. de los supuestos facticos de la acción esgrime que, son parcialmente ciertos el 1° y 9°, que es cierto el 8° y 13°, en cuanto al resto alude que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y presentó como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; COMPENSACIÓN; PAGO; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; EXCEPCIÓN GENÉRICA (INNOMINADA).

LLAMADO EN GARANTÍA

COLFONDOS S.A. llamó en garantía a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, con el fin de que responda ante una eventual condena en su contra por conceptos de seguros previsionales, ello en virtud de los contratos de seguro previsional cuya vigencia data del 1 de enero del 2001 al 31 de diciembre del 2001, el cual se prorrogó de común acuerdo para las vigencias de los años 2002, 2003 y 2004.

REPLICA DE AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

La aseguradora frente a la demanda señala que no le constan los hechos. Se opuso a las pretensiones siempre y cuando afecten a sus intereses, impetró las excepciones que denominó como: EXCEPCIONES FORMULADAS POR QUIEN EFECTUÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MI REPRESENTADA; AFILIACIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA



DEL SEÑOR EFRAIN VARELA ROMERO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO; PROHIBICIÓN DE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

EL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DEL RAIS DENOTA LA VOLUNTAD DE LA AFILIADO DE PERMANECER EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y CONSIGO, SE CONFIGURA UN ACTO DE RELACIONAMIENTO QUE PRESUPONE EL CONOCIMIENTO DEL FUNCIONAMIENTO DE DICHO RÉGIMEN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE Y LA GENÉRICA O INNOMINADA.

Respecto al llamamiento, contestó que son ciertos los hechos 1° y 2°, respecto del resto señaló que no son ciertos y/o no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones: ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE COLFONDOS S.A. AL LLAMAR EN GARANTÍA A AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. AÚN CUANDO LA AFP TIENE PLENO CONOCIMIENTO QUE NO LE ASISTE EL DERECHO DE OBTENER LA DEVOLUCIÓN Y/O RESTITUCIÓN DE LA PRIMA; INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL AL ESTAR DEBIDAMENTE DEVENGADA EN RAZÓN DEL RIESGO ASUMIDO.

INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. POR CUANTO LA PRIMA DEBE PAGARSE CON LOS RECURSO PROPIOS DE LA AFP CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO; LA INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO NO CONLLEVA LA INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL; LA EVENTUAL DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO NO PUEDE AFECTAR A TERCEROS DE BUENA FE; FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO PREVISIONAL No. 006, 061,100002 Y 100003; PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL SEGURO; APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL SEGURO Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

INTERVENCIÓN PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Ministerio Público allega concepto dentro del presente proceso y cita las correspondientes normas y línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de ineficacia de traslado de régimen



pensional y la correlativa obligación de los fondos pensionales respecto del deber de información.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 40 del 20 de mayo de 2024, resolvió:

Sentencia No. 40 Proceso I RAD. 2023-00530
<p>PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo el señor EFRAIN VARELA ROMERO al Régimen de Ahorro Individual inicialmente a PORVENIR S.A. y posteriormente a COLFONDOS S.A.</p> <p>SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, seguros previsionales con todos sus frutos e intereses, cuentas de rezago si las hay, bonos pensionales que se hubiesen emitido y recursos descontados para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, pertenecientes a la cuenta del señor EFRAIN VARELA ROMERO al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, atendiendo la normatividad vigente se les otorga un plazo de dos meses contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, previa reclamación administrativa que ante dichos fondos realice la parte activa de esta</p>
<p>litis, la que se entiende agotada con la presentación de la presente decisión judicial.</p> <p>TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda aceptar el traslado del señor EFRAIN VARELA ROMERO del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con los valores señalados en el numeral anterior que tenga en su cuenta individual.</p> <p>CUARTO: DESVINCULAR del presente proceso al AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.</p> <p>QUINTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma equivalente de 1 SMLMV como agencias en derecho, a favor de la parte activa y a cargo de cada uno de los fondos demandados PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.</p> <p>SEXTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES.</p>



RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES por conducto de su apoderada judicial sustenta que, debe tenerse en cuenta el deber de información exigible para el momento del traslado; que no se demostró vicio del consentimiento, asalto en la buena fe o engaño al demandante; que la elección de régimen es libre y voluntaria por parte de los afiliados; que el accionante está imposibilitado para trasladarse de régimen por la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse; que no era posible efectuar proyección pensional al momento del traslado por diversos factores inciertos a futuro; aduce que no se tuvieron en cuenta la totalidad del material probatorio de acuerdo con la Constitución y las normas de conformidad con la Sentencia SU 107 del 2024.

No obstante, pide en caso de confirmarse el fallo, se reintegre a su defendida, el saldo de la cuenta de ahorro, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, recursos debidamente indexados, discriminados y detallados, para garantizar la estabilidad financiera del sistema. En últimas ruega se revoque el fallo en su integridad.

PORVENIR S.A. a través de su apoderada judicial manifiesta que, del acervo probatorio se colige que el demandante suscribió formulario de vinculación con su defendida de manera libre, voluntaria y sin presiones, por ende, no hay lugar a la ineficacia y de contera el traslado de rubros, gastos de administración, primas y fondo de garantía e indexación, adicionalmente expone los pormenores de la SU 107 del 2024, la Corte Constitucional, en materia probatoria y restituciones mutuas; afirma que, devolver otros rubros que no sean aportes y rendimientos, constituiría un enriquecimiento sin justa causa, por tratarse de situaciones jurídicas consolidadas.

Refiere que, los gastos de administración tienen una destinación específica y su descuento obedece a la ley, además de que dicho pago es la retribución del fondo por la gestión de los recursos y generación de rendimientos; informa que los gastos están prescritos; de igual forma, no se viable retornar las primas de seguros porque no se encuentran en poder de su representada ya que fueron destinados a la

6



cobertura de riesgos por medio de la aseguradora; que se opone a la indexación pues los recursos no perdieron su poder adquisitivo, y de lo contrario se generó un incremento de la cuenta del afiliado; finalmente se opone a la condena en costas pues están sometidos al proceso y de otros fondos.

COLFONDOS S.A. mediante su mandatario judicial sostiene que, el demandante ejerció de manera libre su derecho de elección de régimen, por lo tanto, el traslado se dio de manera voluntaria, tal como consta con la firma de cada formulario de vinculación; que no se configuró vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo; expone que su defendida si cumplió con su deber de información de conformidad con las normas preexistentes, sin que se pueda exigir aplicación retroactiva de leyes; que debe tenerse en cuenta que el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse por edad; pide se tenga en cuenta el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional SU 107 del 2024, a efectos de las restituciones mutuas, pues solo se impone el traslado de aportes y rendimientos, sin que se puedan devolver otros rubros; disiente de la condena en costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

La Sala decide el recurso de apelación formulado por la parte disidente (art. 15, literal B, numeral 1 del CPTSS) y, de igual modo, el grado jurisdiccional de consulta por ser la decisión desfavorable a **COLPENSIONES**, ente sobre el cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 del CPTSS).

Objeto de la Apelación y Consulta

Se circunscribe el problema jurídico por resolver en esta instancia judicial, en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **EFRAIN VARELA ROMERO**, desde el RPMPD administrado en otrora por el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**, y luego hacia **COLFONDOS S.A.**, en consecuencia, establecer si es procedente la reincorporación del demandante en el RPMPD administrado por



COLPENSIONES, con el correlativo traslado de sus cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexación, prescripción y costas procesales.

Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al recordar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021:**

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de: «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalzó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».



La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

La evolución del deber de información no ha sido estática y con el trasegar del tiempo se han adherido más obligaciones para AFP'S para con sus afiliados de forma acumulativa, por lo tanto, cada caso debe ser examinado conforme al contexto temporal normativo de la época del traslado, se relaciona a continuación las diferentes etapas normativas en dicha materia:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.



Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto.**

En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**¹ corresponde a los fondos pensionales acreditar el cumplimiento del deber de información, ello de conformidad con el artículo 1604 del C.C., máxime que, por ley están obligados a proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional.

Es preciso destacar que, la negación indefinida que esgrimen los afiliados de no haber recibido información no requiere de prueba por tratarse de un hecho de imposible acreditación, en contraste, la afirmación de las AFP'S de haber proporcionado la información es un hecho definido y por tanto susceptible de prueba, en tanto que, solo dichas entidades están en posición de demostrar las condiciones de tiempo, lugar y calidad en que se presentó el hecho.

Respecto del **formulario de afiliación**² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son

¹ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

² ibidem

Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).



insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

Corre a cargo de las AFP'S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP'S, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP'S.

La **aplicación del precedente**³ vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtir los traslados.

Cuando se presentan **múltiples traslados**⁴ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen, toda vez que, la discusión gira en

3 SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

⁴ Ibidem

En la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.



determinar si la persona recibió información integral para tomar la decisión, lo cual no se sustituye ni ratifica con los múltiples traslados:

“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez:

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga:

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige el plasmado en las referidas providencias de la Sala de Descongestión Laboral de esta Corte, toda vez que no encajan en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

Corte Constitucional
Sentencia SU -107/24
Expediente: T-7.867.632 AC

La Corte Constitucional modula el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria y emolumentos a retornar por restituciones mutuas, en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009.

“327. Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la nulidad y a la ineficacia del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de



la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos (supra 220 y ss). Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss).

328. Lo segundo que debe advertirse, es que con la flexibilización que se hace en esta Sentencia de unificación, sobre el precedente de la Corte Suprema de Justicia, se reconoce que la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado, ni a la AFP). Para esta Corte es sumamente importante no despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas y de su facultad para, conforme a las reglas de la sana crítica, valorar las pruebas con el objeto de resolver los casos de ineficacia de traslados de los afiliados del RPM al RAIS.

329. Por ello, en contraste con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, se dispondrá que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deberán tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso, que se refieren al debido proceso. Esto supone que el juez, debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda...”

Caso Concreto

El señor **EFRAIN VARELA ROMERO** pretende por vía judicial que, se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional, el cual da cuenta el material probatorio allegado por **COLFONDOS S.A.** (*historial de vinculación de Asofondos*), se hizo efectivo del 1 de julio del 2000, del RPMPD administrado entonces por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por la AFP **PORVENIR S.A.**:

Hora de la consulta : 8:38:54 AM
Afiliado: CC 16363060 EFRAIN VARELA ROMERO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16363060							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	2000-05-31	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		2000-07-01	2003-09-30
Traslado de AFP	2003-08-25	2004/04/16	COLFONDOS	PORVENIR		2003-10-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16363060						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
2000-05-31	2000-06-06	01	AFILIACION	PORVENIR		
2003-08-25	2003-09-05	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	PORVENIR	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1



Abordando el caso de estudio se tiene que, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con la AFP **PORVENIR S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar al demandante: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Lo anterior, valga recordar deviene de los Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 y disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.

Profundizando en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, se tiene que su literalidad prescribe que no se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social, cuando se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios mínimos previstos en el artículo 53 de la Carta Política, de donde deviene que la falta de información afecta la dignidad humana, pues, se trata al ser humano como una mercancía, esto es, como un medio para hacer efectiva una afiliación, siendo el proceso al revés, el sistema al servicio del ser humano; se afecta la libertad individual, pues, no se le permite al afiliado escoger entre las opciones que le brinda el ordenamiento jurídico de acuerdo con las informaciones que le permitan analizar las conveniencia frente a las opciones que le brinda cada régimen.

La libertad en general constituye uno de los grandes logros en el desarrollo histórico del hombre, que le ha permitido emanciparse de cualquier forma de esclavitud o de interferencia injustificada de otros individuos, grupos e incluso del mismo Estado. Sin embargo, tal derecho de orden natural, hoy positivizado, tiene límites precisos como lo son la libertad de los demás y los derechos de la comunidad.

De otro lado, la libertad se concibe en el sentido de que los no titulares de la libertad no deben intervenir en algunas esferas del individuo o grupos, lo cual conlleva una obligación de no hacer a cargo del Estado y los demás componentes de la sociedad. En esta concepción, el Estado además de abstenerse de intervenir, cumple una función garantizadora de la libertad frente a los que intenten restringir tal libertad.



De la anterior concepción de libertad, surge el concepto de libertad negativa, entendida como un espacio de acción sin la intervención de cualquier individuo, grupo y hasta el mismo Estado. Se insiste en que tal libertad no tiene límites indefinidos, sino que, dentro del marco de los derechos de los demás, en el resto del espacio el otro no puede interferir o intervenir.

Otro concepto de libertad conlleva a que el individuo o grupo pueda desenvolverse en la realización de lo que quiera, pero bajo el entendido de que tal querer debe ir encaminado al bien y no a restringir ni causar daño a los demás. Aquí surge el concepto de libertad en sentido positivo, como posibilidad de elegir entre diversas alternativas, de tal forma que se acometan conductas necesarias y razonables.

Es preciso acotar que, de antaño se ha determinado que la carga de la prueba recae sobre el extremo pasivo – Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS, no desde una inversión de la carga de la prueba, sino en el entendido de que quien asesoró sobre el traslado, debe acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos que impone el ordenamiento jurídico, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado.

No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados les imponen el deber de información, es por lo que estos deben precisar que información dieron.

En pocas palabras, en quien descansa el deber de informar, corre con la carga de la prueba de que informó y las condiciones en que lo hizo, so pena de correr con las consecuencias de tal omisión, que para el caso se entienda que no hubo información.

Respecto al tema, el tratadista Fernando Hinestrosa⁵ ha indicado lo siguiente:

“349. información sobre las condiciones generales del contrato

La información que los partícipes de las negociaciones se deben proporcionar no solamente ha de estar referid y orientada a los aspectos técnicos, económicos y financieros, en sus distintos ámbitos, puntos, que, de ordinario, son aquellos en los que concentran su atención los

⁵ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II; De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 710.



negociadores, sino también ha de volcarse sobre las condiciones jurídicas del contrato. Por lo general las dos actividades se desenvuelven paralelamente y por personas o por equipos especializados. Acá la buena fe se proyecta singularmente en los deberes de sinceridad y claridad: veracidad, plenitud en la exposición del entendimiento de las condiciones generales y de las cláusulas o pactos a medida que se van proponiendo, a que se oponen la resistencia y el anhelo de sacar ventaja de cualquiera debilidad o descuido ajeno.

La normatividad relativa a los contratos de consumo muestra ejemplos de la imposición legal de información sobre el contenido del contrato y de explicación de su alcance. Por ejemplo, para el contrato de crédito de consumo se deberá informar al consumidor el monto a financiar, el interés remuneratorio y el moratorio, el sistema de liquidación utilizado, la periodicidad de las cuotas y el número de las mismas, entre otras cosas.”

Continúa más adelante el tratadista citado⁶ señalando:

“351. Consecuencias de la falta al deber de información

Teniendo en cuenta las apreciaciones y precisiones precedentes, es natural concluir que la falta de provisión de la información debida, oportuna, pertinente, veraz, completa, ha de generar consecuencias adversas para quien calló, en la medida en que esa omisión haya significado a la otra parte la celebración de un contrato que no habría celebrado de haber contado con aquella noticia, o haberlo celebrado en otras condiciones, o quebrantos por la adquisición de bienes o servicios inadecuados, o haber perdido oportunidades mejores de obtenerlos. Ello quiere decir que la víctima se le abre un abanico de remedios, alternativos unos, concurrentes otros, a su elección y de acuerdo con los respectivos supuestos de hecho como son la anulación del contrato por vicio de la voluntad (dolo o error) o por conflicto de intereses, rescisión o rebaja del precio por vicio redhibitorio, resarcimiento de daños, y en algunos contratos de consumo, derechamente el poder dejar sin efectos el contrato.”

Frente al reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia SU - 107/24, resulta menester aclarar que, para el caso en concreto, se decretó y practicó el material probatorio documental allegado por el extremo activo y pasivo de la litis.

Examinado el caudal probatorio recaudado documental no se extrae elementos que permitan establecer la naturaleza, contenido y entendimiento del afiliado respecto de la supuesta información brindada que alude la AFP **PORVENIR S.A.**

Respecto de la declaración de parte rendida por el demandante, se tiene que dicho medio probatorio no logró confesión alguna que lo perjudicara, y por el contrario resulta evidente la falta de información integral del demandante, a tal punto que solo refiere de manera sesgada ciertos beneficios del RAIS, sin que demuestre

⁶ Idem. Pág. 711.



conocimiento dual de los regímenes pensionales existentes, tampoco informa que se le diera a conocer las implicaciones de estar en un régimen u otro, de su financiación, funcionamiento y condiciones de acceso a las prestaciones económicas en cada uno entre otros.

En ese orden de ideas, **PORVENIR S.A.** no consigue derruir lo manifestado por su contraparte en el escrito genitor, toda vez que, no se logra acreditar el cumplimiento del deber de información, bajo los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la materia, por lo que se entiende que no se acreditó el consentimiento informado del demandante frente al traslado, lo que deviene en la declaratoria de ineficacia rogada, de ahí que, habrá de modificarse el fallo para precisar el acto declarado ineficaz.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

La inobservancia del deber de información, de parte de los fondos de pensionales, trae como secuela la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuyos efectos acarrea que dicho acto jurídico no se materializó y, por lo tanto, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen (SL 1467-2021), de otro lado, acaece la devolución de los recursos que conforman el capital pensional del afiliado y las erogaciones dentro del RAIS, así lo señaló el Órgano de Cierre de la Jurisdicción en providencia SL5292-2021:

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Por su parte, la Corte Constitucional en SU 107 del 2024



“... es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron...”

En tal sentido, en el ámbito de las restituciones mutuas navegamos por las aguas de la *restitutio in integrum*, es decir, volver las cosas al estado anterior a la realización del acto que resulta ineficaz y, por otra parte, algún sector doctrinal dice que el fundamento de las mismas se somete a las reglas de la *conditio in debiti* que se englobe en la figura del enriquecimiento sin causa. La Sala comulga con la restitución integral y de carácter objetivo.

Conforme al artículo 1746 del Código Civil, la nulidad da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, consagrando un efecto retroactivo, salvo los casos de los contratos con incapaces y en los eventos de objeto y causa ilícita; y respecto a las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de sus deterioros, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos. En últimas, lo referente a restituciones mutuas es de carácter objetivo.

La Corte Constitucional, en Sentencia SU 107 de 2024, niega la posibilidad de reintegro y devolución por parte de las AFP, los conceptos por gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales y los aportes voluntarios de los afiliados, entre otras razones, porque esas situaciones quedaron consolidadas a través de ciertos actos jurídicos y respecto de los aportes voluntarios porque estos sirven de fundamento para la reducción del porcentaje de la renta del afiliado.

Sea lo primero indicar que, el manejo de restituciones mutuas no es uniforme en el derecho colombiano, pues, para la resolución de contrato conforme al artículo 1545 del Código Civil verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos



percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos hayan dispuesto lo contrario, aspecto que coincidiría con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia citada y específicamente en el aparte transcrito anteriormente. Lo anterior, sin perjuicio a lo dispuesto por el art. 1932 del C.C para la resolución de la compraventa respecto al cual si se le da un carácter retroactivo en materia de restituciones y frutos

El problema se suscita en que en el derecho colombiano no se regula las restituciones mutuas para la ineficacia, siendo figura más acorde para regular este aspecto el referente a la restitución de frutos en la nulidad y no en la resolución, ya que, se asemeja más en cuanto a que en ineficacia y nulidad se analiza un vicio o defecto al surgir el acto o negocio jurídico, en cambio, la resolución se presenta un incumplimiento de las prestaciones por uno de los contratantes, es decir, el defecto se presenta en el desarrollo del objeto o ítems contractual.

Comulgando entonces con los efectos retroactivos de nulidad e ineficacia, los actos consolidados si no se pueden devolver procede el equivalente pecuniario como más adelante veremos, encontrando razones en esta diferenciación para no acoger la tesis de la Corte Constitucional.

Es importante resaltar que, cuando estamos en presencia de dar una suma de dinero, no hay imposibilidad, pues, en este tipo de obligaciones se produce *perpetuato obligationis*, es decir, el deudor sigue obligado al pago de la cantidad debida, sin que sea dable alegar ni si quiera el caso fortuito ni derechos de terceros.

Aún más, en el ámbito contractual y en el evento de imposibilidad sobrevenida de la prestación, imputable al deudor, es factible conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación (*aestimatio rei*) como algo previo e independiente de la indemnización de ulteriores o adicionales daños y perjuicios, es lo que se conoce en la doctrina como autonomía de cumplimiento por equivalente.

Al respecto es bueno dejar claridad que, la Sala no está diciendo que la *aestimatio rei* sea una situación de reparación o de indemnización, pues, es una situación distinta.

En ese orden, la *aestimatio* es una prolongación de la prestación originaria y genuina y, la *perpetuatio obligationis* es un mecanismo jurídico de asignación al



deudor del riesgo de imposibilidad sobrevenida de la prestación y, para diferenciarlo de la indemnización, esta última viene a ser un instrumento de imputación de los daños derivados del incumplimiento del vínculo obligatorio.

El profesor FERNANDO HINESTROSA señala que el fenómeno restitutorio no es una medida represiva, sino ablativa, por lo que la incorrección, la deslealtad o el incumplimiento de uno de los contratantes son circunstancias aparte que adquiere relevancia para la determinación resarcitoria, mas no en la restitutoria que es una consecuencia directa, indefectible e ineludible de la cancelación del contrato, e igual para ambas partes en toda eventualidad.⁷

Todo lo anterior, en nuestro sentir desvirtúa el argumento esbozado por la Corte Constitucional para impedir la devolución de esos componentes.

De igual forma se desestima lo dicho por la Corte Constitucional si se tiene en cuenta los artículos 7⁸ y 9⁹ del Decreto 3995 de 2008, aplicables por analogía a las

⁷ HINESTROSA, FERNANDO salvamento de voto a la sentencia de 21 de marzo de 1995, exp. 3328 CSJ SC y Las Restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato, en Estudios de derecho privado en homenaje a CHRISTIAN LAURROMET, Universidad del Rosario, Bogotá 2008, págs. 463 y s.s.

⁸ **Artículo 7°.** *Traslado de recursos.* El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Quando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.

⁹ **Artículo 9°.** *Cotizaciones voluntarias.* En el evento en que el afiliado haya realizado cotizaciones voluntarias al RAIS dentro de su cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias, si una vez resuelta la situación de múltiple vinculación se establece que está vinculado al RPM, la administradora del RAIS deberá informar al



ineficacias de traslados, pues, esta disposiciones regulan la multivinculación y traslado de regímenes pensionales.

Como se ha dicho en otras oportunidades, la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha ineficacia.

En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.

Lo anterior implica que, la figura de la ineficacia está contenida en una regla que en sí misma no entra en contradicción ni conflicto con el principio de sostenibilidad fiscal, pues, no hay generación ni de laguna axiológica ni de antinomia, en la medida en que se analiza, si se dio el supuesto de hecho, falta de consentimiento informado que da lugar a una consecuencia que afecta en su origen a la relación jurídica de traslado, la cual se le conoce como ineficacia, por lo anterior, en estos eventos no hay test de proporcionalidad que realizar.

Ahora bien, las posibles consecuencias económicas derivadas de la ineficacia no deberían afectar al sistema pensional en cuanto a que, el fondo privado que no cumplió con los requisitos para que se surtiera un traslado eficaz, con su patrimonio debe entrar a responder.

Pese a lo anterior, hay un sin número de circunstancias donde, de una u otra manera, el sistema general de pensiones por las consecuencias de la ineficacia toca

afiliado la posibilidad de retirar tales cotizaciones o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que el afiliado guarde silencio, las cotizaciones voluntarias quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados.



la estabilidad financiera del sistema de pensiones y por ello intentaremos realizar un test de proporcionalidad.

El conflicto se suscita entre los derechos o digamos más claramente los intereses del fondo de pensiones del RAIS, quien debe devolver en esencia, los cuatro componentes anteriormente vistos (*gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales y los aportes voluntarios de los afiliados*), y los derechos o intereses de la administradora del RPMPD, última quien recibirá cotizaciones y rendimientos, y el bono pensional si lo hubiere, pero asumirá una carga prestacional eventualmente alta. Si bien la Corte habla de ello, no entra en la ponderación de esos dos intereses, a los cuales también habrá que sumar los intereses de un tercero específico y fundamental como lo es el afiliado y su dignidad, a partir del principio de suficiencia de las pensiones y, el mínimo vital cualitativo y cuantitativo.

Para realizar el test de proporcionalidad en sus fases, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, en su primer componente, tenemos que, el no devolver los cuatro componentes, anteriormente referenciados es una medida que podría catalogarse de constitucionalmente aceptable, pues, se busca la realización de principios como la seguridad jurídica y de cierta manera la estabilidad de las finanzas de las empresas y del sistema.

En el juicio de necesidad se busca entre las diversas opciones si la medida tomada es la más benigna para el interés del fondo privado, pues, se debe descartar la posibilidad de aplicar otra medida menos onerosa para el derecho afectado, en cuyo caso la medida a tomar se torna inconstitucional. Para la Sala devolver los cuatro componentes analizados es la medida más benigna, lo cual implica que no debería seguirse con el test, sin embargo, la Corte Constitucional exonera de ese componente y trata de imponer solamente la devolución del bono, del saldo en la cuenta y los rendimientos.

Pese a lo anterior, intentaremos la realización del paso de la proporcionalidad en sentido estricto, con el cual se busca determinar si la importancia de la satisfacción de uno de los derechos fundamentales es capaz de justificar el sacrificio del otro, para lo que deben mirarse la optimización en la aplicación de los valores constitucionales.



Un punto de partida clave es que la pretensión del interesado respecto del Derecho Fundamental es tan legítima, prima facie, como la del otro sujeto de derecho por el respeto de su medida.

Otro aspecto importante, consiste en que la limitación del Derecho Fundamental de la persona debe proceder de manera excepcional, cuando siendo adecuada y necesaria la medida, satisfaga un interés constitucionalmente prioritario, suficientemente intenso como para prevalecer.

Un derecho fundamental solo puede ser sacrificado por otro si la importancia de la satisfacción de éste es mayor. En ese orden, cuanto mayor sea la limitación del Derecho Fundamental de un determinado sujeto, más importante debe ser el interés a satisfacer por el otro sujeto en conflicto. Asimismo, cuanto mayor sea la limitación de la libertad de un determinado sujeto, más importante debe ser el interés a satisfacer de los intereses de otro sujeto que entra en conflicto.

Para mirar el peso de los derechos en conflicto se debe acudir a dos variables: el peso abstracto, que implica la importancia material de cada derecho fundamental dentro del sistema constitucional, para lo cual debe considerarlo en función de su conexión con los valores nucleares de éste (elemento cualitativo); el peso concreto presupone la intensidad de la intervención sobre cada derecho fundamental.

¿Cómo valorar el peso abstracto de cada derecho?. Entre los derechos constitucionales pueden distinguirse jerarquías según la proximidad a la base de la Constitución, lo que permite atribuir una relevancia especial al ejercicio de la libertad ideológica, de expresión e información, de reunión y manifestación, los cuales guardan relación con la idea de democracia; de igual manera, los derechos al mínimo vital, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad y a la propia imagen que guardan relación íntima con la dignidad humana.

El paso a seguir es calcular el grado de afectación que sufriría cada derecho fundamental de verse limitado o no poderse ejercer, para lo cual se exige una valoración empírica que ha de efectuarse caso por caso; debe mirarse las facultades afectadas, su importancia, su duración etc.

La ponderación debe realizarse comparando el peso de cada derecho para establecer la precedencia del mayor peso. En los casos fáciles no resulta



problemática la situación pues los pesos son distintos, la dificultad se presenta en los casos difíciles donde existe empate.

Estos empates se pueden resolver en atención a la presencia de otros bienes o valores constitucionales, como la vida, la salud y la seguridad de las personas.

En sentir de la Sala el test de proporcionalidad en estricto sentido no se pasa y resulta viable que los fondos privados devuelvan todos los componentes a que se han hecho referencia, por lo siguiente:

Cuando el RAIS ha otorgado una pensión, con afectación al principio de suficiencia de la pensión sumada a la dignidad humana cualificada por el mínimo vital y móvil, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha expresado en la sentencia SL373 de 2021, que el pensionado tiene derecho a una indemnización.

Esta Sala ha considerado que, antes que una indemnización es una reintegración de derechos lo que procede en dicho evento, y si no se acepta tal aspecto, lo procedente es una reparación, que puede consistir en una renta vitalicia. En ambos casos, se parte de la teoría de la diferencia de FRIEDERICH MONSEN, no en los términos abstractos del jurista alemán de diferencia de patrimonio, sino en las concreciones propias de una diferencia de pensión, todo ello, ligado al principio de reparación integral que en términos muy simples implica: a igual afectación de un derecho igual reparación, lo cual conlleva a que si se afectó un derecho de tracto sucesivo vitalicio, imprescriptible y transmisible, la reparación debe tener el mismo contenido.

Lo anterior implica que, si se mira desde este punto de vista, la afectación del derecho o de los intereses del fondo privado de pensiones es alta si pensiona al afiliado, porque debe pagar una diferencia, pero si se le compara con el hecho de que si se da una ineficacia con posibilidad de volver al régimen de prima media con prestación definida, resulta nimio que se ordene un equivalente pecuniario en donde se comprenda no solo los saldos de la cuenta, los bonos pensionales y los rendimientos, más los rubros que la Corte Constitucional hoy excluye: gastos de administración, pago de primas de seguros previsional, aportes al fondo de garantías de pensión mínima y ahorros voluntarios.



Si se compara las consecuencias económicas de quedarse en el RAIS y pagar una diferencia a título de reintegración de derechos frente a la devolución de los aludidos rubros, estos resultan mucho menores que la primera opción, por lo tanto, ese mínimo sacrificio lo deben asumir los fondos privados.

La Corte en abstracto analiza los problemas que puede tener la estabilidad del sistema de pensiones y especialmente el régimen de prima media en un futuro lejano, sin embargo, asevera que los cuatro rubros que discuten los fondos no son suficientes para estabilizar el sistema pensional del RPMPD. Aquí se queda corta la Corte, pues, no devolver dichos rubros torna un mayor detrimento para el régimen de prima media.

Lo anterior, debe ser ampliado con los siguientes datos:

Cuando se estudia la concesión de la casación interpuesta por la AFP respectiva del RAIS su interés jurídico normalmente no alcanza para satisfacer el monto económico para acceder a ese recurso, por cuanto los gastos de administración con rendimientos y aún indexados resultan exiguos. En ese sentido, esta Sala en los acasos analizado solamente en un caso ha alcanzado el interés para acceder al recurso de casación en los eventos de ineficacia simple.

Cuando se pide la ineficacia y consecuentemente se acumula la pensión en el RPMPD la pensión en el menor de los casos supera en un 50% a la pensión del RAIS y en muchos casos supera 2, 3 o más veces la pensión que le otorgaría el RAIS, lo que denota el gran sacrificio para los intereses del RPMPD.

Solamente el sacrificio para el RAIS es mayor cuando ha pensionado al afiliado y le corresponde pagar una indemnización, empero, dichos casos en la práctica judicial son menos que las ineficacias de afiliados.

Siendo el sacrificio de los intereses del fondo del RAIS menor con todas las devoluciones que se ordenan (saldos en cuenta, bono pensional, rendimientos, pagos de primas de seguros previsionales, devolución de los aportes voluntarios, pagos por concepto de garantía de pensión mínima y gastos de administración), frente al sacrificio del RPMPD que pagará una pensión mayor, resulta que la medida judicial de devolución resulta ajustada a la constitución, por ser más importante tanto



cualitativa como cuantitativamente el interés de COLPENSIONES que el interés de las AFP del RAIS.

Y ¿dónde quedó la persona humana del pensionado o afiliado?, que si se queda en el RAIS se encuentra afectado su pensión, en su cuantía y, si pasa al RPMPD este derecho se le garantiza, pero, se premia a quien, sin cumplir los principios de la buena fe, no dio una información adecuada y de paso se le patrocinaría un enriquecimiento sin causa a pesar de su conducta.

Por lo anterior, nos apartamos del precedente de la Corte Constitucional y acogemos el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que si ordena la devolución de gastos de administración, pago de primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y aportes voluntarios, no con cargo al sistema sino con cargo al patrimonio del fondo privado lo cual consulta normas sustantivas y tiene el aval del principio de proporcionalidad en los términos ya explicados.

Con relación al argumento acerca de que los traslados masivos afectan las finanzas públicas, este sería atendible si la Corte Constitucional hubiese dicho que las ineficacias de traslado respecto a los afiliados que le faltasen menos de 10 años para el cumplimiento de la edad resultan improcedentes, empero, el mismo es contradictorio respecto a las devoluciones.

Adicionalmente, todos los derechos son costosos y muchos de los que pertenecen a la mal denominada primera generación y en especial, los que tienen que ver con la seguridad pública resultan tan costosos como los mal denominados de segunda generación, como las pensiones, siendo que estos últimos el afiliado contribuye con una cotización que resulta insuficiente, mientras que los primeros se sostienen exclusivamente con impuestos.

En la aclaración de voto a la sentencia SL810-2023 se dijo:

“Como un mero ejercicio académico, pero en aras de dar mayor claridad a mi argumento, creo conveniente observar que la Administradora Colombiana de pensiones –COLPENSIONES–, en la presentación denominada “Subcomité Reforma Pensional” de enero de 2023, al simular el beneficio o subsidio para la cotización que se hace entre 1 y 25 SMMLV, deja ver que el subsidio implícito del valor actuarial de la pensión, en términos porcentuales, resulta ser superior cuando la pensión se reconoce en cuantía de 1 SMMLV con 1300 semanas de cotización, que cuando se reconoce con un ingreso base de cotización de 25 SMMLV con las mismas 1300 semanas, dado que, en el primer caso, el

26



subsidio pensional equivale al 62% del valor actuarial de la pensión y, en el otro, apenas al 8% para la referida pensión equivalente de 12,9 SMMLV.

Siguiendo esa misma línea, al simular el subsidio para una pensión de 1 SMMLV, pero con 1800 semanas de cotización, se aprecia que la pensión tiene un subsidio implícito del 47% de su valor actuarial, no obstante, cuando el ingreso base de cotización es de 25 SMMLV y se cotizan 1800 semanas, la financiación de la pensión equivalente a 16,427 SMMLV, contiene un subsidio implícito del "0,00%" del valor actuarial, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Expectativa pensión RPM



Simulación del Beneficio para cotización de 1 y 25 SMMLV

<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>Genero Cotizante</td><td>Hombre</td></tr> <tr><td>Tasas Interés técnico desacumulación (real)</td><td>4,0%</td></tr> <tr><td>Tasa Int acumulación (Real)</td><td>6,13%</td></tr> <tr><td>Factor Crecimiento SMM vs IPC</td><td>1,6%</td></tr> <tr><td>IBL (tiempo)</td><td>10</td></tr> </table>	Genero Cotizante	Hombre	Tasas Interés técnico desacumulación (real)	4,0%	Tasa Int acumulación (Real)	6,13%	Factor Crecimiento SMM vs IPC	1,6%	IBL (tiempo)	10	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>Tasa de cotización Vejez</td><td>13,0%</td></tr> <tr><td>Edad Inicio Laboral</td><td>22</td></tr> <tr><td>Edad Min Pensión Hombres</td><td>62</td></tr> </table>	Tasa de cotización Vejez	13,0%	Edad Inicio Laboral	22	Edad Min Pensión Hombres	62
Genero Cotizante	Hombre																
Tasas Interés técnico desacumulación (real)	4,0%																
Tasa Int acumulación (Real)	6,13%																
Factor Crecimiento SMM vs IPC	1,6%																
IBL (tiempo)	10																
Tasa de cotización Vejez	13,0%																
Edad Inicio Laboral	22																
Edad Min Pensión Hombres	62																

Simulación con 1 SMMLV	Semanas cotizadas										
	1300	1350	1400	1450	1500	1550	1600	1650	1700	1750	1800
Pensión (SMMLV)	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Monto acumulado (SMMLV)	112	116	121	125	129	134	138	142	146	151	155
Valor Actuarial pensión (SMMLV)	292	292	292	292	292	292	292	292	292	292	292
Porcentaje Beneficio no aportado	62%	60%	59%	57%	56%	54%	53%	51%	50%	48%	47%

Simulación con 25 SMMLV	Semanas cotizadas										
	1300	1350	1400	1450	1500	1550	1600	1650	1700	1750	1800
Pensión (SMMLV)	12,9	13,3	13,6	14,0	14,3	14,7	15,1	15,4	15,7	16,078	16,427
Monto acumulado (SMMLV)	2.799	2.907	3.015	3.122	3.230	3.338	3.445	3.553	3.661	3.768	3.876
Valor Actuarial pensión (SMMLV)	3.051	3.134	3.216	3.299	3.381	3.464	3.546	3.629	3.711	3.794	3.876
Porcentaje Beneficio no aportado	8%	7%	6%	5%	4,5%	4%	3%	2%	1%	1%	0,00%

Fuente: Dirección de Prospectiva y Estudios

En este sentido, se advierte que los recursos objeto de devolución fueron ordenados en su integridad por el A quo, por lo que habrá de confirmarse este aspecto de la decisión.

Frente a las cotizaciones voluntarias debe aplicarse el artículo 9 del Decreto 3995/08, en el evento en que se hayan efectuado los mismos.

En cuanto a la indexación, se revocará, pues habiéndose optado por la devolución de rendimientos, estos últimos compensa la degradación de los valores, además, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 prevé que el RAIS "(...) está basado en el ahorro



proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros”, y debía garantizar una rentabilidad mínima. Tal es, la dinámica económica prevalente en el Sistema de Seguridad Social para conservación de los recursos.

Por otro lado, se adicionará orden a cargo de **COLPENSIONES** de realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas de la demandante, dentro del plazo de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, en aras de evitar posteriormente trámites administrativos y judiciales.

La decisión de la Sala tiene su génesis en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia, respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule expresamente los efectos económicos de la ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993, como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL 2946-2021¹⁰, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común de naturaleza pública.

Prescripción

Las acciones de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen son imprescriptibles, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción, adicionalmente al tratarse de una pretensión declarativa conexas a los derechos asistenciales del afiliado artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción¹¹, toda vez que, el afiliado

¹⁰ “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

¹¹ CSJ - SL2946-2021 “En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales,



está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

Costas Procesales

La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, en razón de ello, el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, en donde solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables.

Así las cosas, dado que el extremo pasivo se opuso y formuló excepciones como medios de defensa, y al salir avante las pretensiones de la contraparte, resulta procedente la imposición de costas a su cargo como parte plural vencida, lo que da paso a la confirmación de la condena.

Costas en esta instancia con cargo a **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, debido a la no prosperidad de la alzada.

Finalmente, descornado el traslado de rigor, las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se le da respuesta a los mismos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”



RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal Primero de la Sentencia N° 40 del 20 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor **EFRAIN VARELA ROMERO**, del RPMPD administrado en otrora por Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por la AFP **PORVENIR S.A.**, el cual data el 1 de julio del 2000, y de contera el posterior traslado hacia **COLFONDOS S.A.** del 1 de octubre del 2003.

SEGUNDO: Del ordinal Segundo de la Sentencia N° 40 del 20 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali:

- **REVOCAR** la indexación, y en su lugar, **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, los rubros dispuestos por el A quo con sus respectivos rendimientos.
- **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** dar aplicación el artículo 9 del Decreto 3995/08, en el evento en que se hayan efectuado aportes voluntarios.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO ORDINAL.**

TERCERO: ADICIONAR al ordinal Tercero de la Sentencia N° 40 del 20 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante, dentro del plazo de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO ORDINAL.**



CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia N° 40 del 20 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Cali.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, como agencias en derecho se le fija a cada una la suma de \$2.000.000, a favor del señor **EFRAIN VARELA ROMERO**.

SEXTO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala
Con salvamento parcial de voto

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 005 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3b0f30ae1cfc2c85b2e51b5b7f831ced4793a860369df2830b541016c17ed2a8**

Documento generado en 25/06/2024 10:59:22 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada**

Proceso	Ordinario
Demandante	Efrain Varela Romero
Demandado	Colpensiones y otros
Radicación	760013105-003-2023-00530-01
M. Ponente	Carlos Alberto Oliver Galé

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto acostumbrado a las decisiones mayoritarias de la Sala manifiesto que estoy de acuerdo con declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad ante la omisión al deber de información atribuible a la SAFP* demandada; sin embargo, me aparto de las restituciones ordenadas, específicamente en lo concerniente a la devolución a Colpensiones de rendimientos financieros sobre comisiones, primas de seguros previsionales, reaseguros, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional. Las razones de mi disenso se fundamentan de la siguiente manera:

Tal y como se explicó ampliamente en la providencia, la ineficacia de la afiliación se suscita por la omisión del deber de información a cargo de la SAFP que, por tratarse de un requisito de la esencia del acto, según lo dispuesto en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, su incumplimiento conlleva a que la afiliación no produzca efectos jurídicos o lo que es lo mismo, se entienda que

* Sociedad administradora de fondos de pensiones

jamás ocurrió, retrotrayendo las cosas al estado inicial. Para ello, se acude a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil que, refiere a los efectos de la nulidad de los actos y contratos, aplicable a los casos de ineficacia de la afiliación ante el vacío legal existente en las normas laborales. Así reza la norma en comento:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derechos para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato NULO (...)”.

Luego como la ineficacia implica que las partes firmantes recobren la situación en la que se hallarían de no haberse efectuado el acto ineficaz, se requiere que lleguen a condiciones de indemnidad, lo cual se logra retornando las ganancias obtenidas en virtud del acto espurio a su titular original que, no es otro, que el afiliado al sistema. Con esto, lo que se pretende es evitar enriquecimientos sin causa y perjuicios injustificados a las partes.

De esta manera, coincido con la mayoría de la Sala que ante la ausencia de prueba sobre la información suministrada al momento de la afiliación, procede la restitución de parte de la SAFP, no solo de los aportes, rendimientos y bonos pensionales que se hayan pagado, sino también las devoluciones de los demás rubros recibidos durante la afiliación, a modo restituciones por equivalencias, en virtud del principio de la *restitutio in integrum*, ya que no es posible volver materialmente la situación al estado previo al acto ineficaz, como en efecto lo subrayó la Corte Constitucional en sentencia CC SU-107-2024.

Así pues, comparto las reflexiones plasmadas en la sentencia, en cuanto a que sí es posible ordenar el restablecimiento del *statu quo* pero mediante la figura de las equivalencias, pues contrario a lo expuesto en sentencia CC SU-107-2024, ello no afecta la sostenibilidad financiera de sistema pensional, pues los recursos que se restituyen pertenecen al afiliado y solo algunos conceptos debe asumirlos la SAFP de su propio peculio, por tratarse de ganancias que percibieron durante la

vinculación del actor y que de conservarlos supondría que las SAFP saldrían beneficiadas de la declaratoria de ineficacia.

Sin embargo, a pesar de la concordancia en estos puntos con la Sala, me aparto de sus reflexiones en cuanto a que las restituciones operan sobre la base “del concepto de buena o mala fe” y de que la falta de prueba del deber de información lleven a pensar que la SAFP actuó en forma desleal, pues acá de lo que se trata es de una omisión en la carga de la prueba, de tal suerte que la buena fe siempre ha de presumirse, al menos hasta que se pruebe lo contrario.

Corolario de lo expuesto, considero que ante la ineficacia del traslado y el retorno al régimen de prima media, lo que procede es ordenar a la SAFP transferir con destino a Colpensiones las cotizaciones, los bonos pensionales (en caso de que aplique) y en general de todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro pensional con sus respectivos rendimientos financieros; pues son estos los rubros que producen tales dividendos. En cuanto a los dineros descontados al cotizante por gastos de administración, comisiones y aquellos que fueron dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, al fondo de solidaridad pensional, a seguros previsionales y reaseguros lo lógico es ordenar que se transfieran a Colpensiones debidamente indexados, esto es, trayéndolos a valor presente, pues como bien se sabe, sobre estos conceptos las SAFP no recibieron rendimientos, dado que no fueron administrados por ellas sino destinados a sufragar costos operacionales y a terceros por así disponerlo la ley.

En la carta circular #46 de julio de 2023 la Superintendencia Financiera de Colombia ilustra suficientemente la situación descrita:

**FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS
DISTRIBUCIÓN DE LA COTIZACIÓN**

FONDO	COMISION DE ADMINISTRACION POR APORTES OBLIGATORIOS	SEGUROS PREVISIONALES	FONDO DE GARANTIA DE PENSION MINIMA	PORCENTAJE ABONADO EN LA CUENTA INDIVIDUAL	TOTAL COTIZACION (1)
PORVENIR	0.53%	2.47%	1.50%	11.50%	16.00%

COLFONDOS	0.93%	2.07%	1.50%	11.50%	16.00%
PROTECCION	0.47%	2.53%	1.50%	11.50%	16.00%
SKANDIA	2.05%	0.95%	1.50%	11.50%	16.00%
PROMEDIO (2)	0.62%	2.38%	1.50%	11.50%	16.00%

Porcentajes aplicados sobre el ingreso base de cotización (IBC).

(1) Los afiliados con ingreso mensual igual o superior a (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv), aportarán un 1% adicional sobre el IBC, destinado al fondo de solidaridad pensional. Afiliados con ingreso igual o superior a 16 (smlmv), harán un aporte adicional sobre el IBC, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de solidaridad Pensional.

(2) Promedio ponderado por los aportes recibidos en cada administradora, para el mes de junio de 2023.

Ante tal panorama, considero que ordenar calcular y restituir rendimientos sobre estos conceptos para trasladarlos al régimen de prima media con prestación definida generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues en RPMPD los recursos transferidos únicamente se reflejarán como tiempos de cotización generando un engrosamiento patrimonial para Colpensiones; máxime que en prima media también se habrían deducido tales conceptos, de haber permanecido el demandante en dicho régimen. Así lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003:

Artículo 20. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

(...)

Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

(...)

La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al fondo de solidaridad pensional los recursos correspondientes en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

En adición, al ordenar restituir rendimientos sobre los conceptos anotados se desconoce la realidad del sistema, porque estos rubros no producen rentabilidad para la SAFP, y también el principio de indemnidad que rige la ineficacia de los actos, y que pregona porque las cosas vuelvan al estado inicial como si el acto jamás se hubiera celebrado. Tal precepto naturalmente se opone a un aumento patrimonial con desmedro correlativo de alguna de las partes involucradas en el acto o la relación jurídica, ya que lo que busca es restablecer más no privilegiar a uno de los involucrados.

De esta forma, ordenar a las SAFP restituir rendimientos indistintamente sobre cotizaciones, comisiones, gastos de administración, valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros desconoce que estos últimos no reportaron rentabilidad para la SAFP y que los rendimientos únicamente se suscitaron en los aportes obligatorios y los bonos pensionales pagados. Por tanto, ordenar pagar a Colpensiones unos rendimientos inexistentes representa un desmedro patrimonial para la SAFP y un beneficio injustificado para Colpensiones, ya que, reitero, en nada se beneficia la historia laboral del afiliado cotizante que, ante la ineficacia de su afiliación al RAIS y el traslado de los rubros al RPMPD únicamente verá reflejados sus aportes en razón a semanas de cotización, sin que los rendimientos sobre costos operaciones y deducciones a terceros sumen a los tiempos válidos para pensión.

Esta interpretación guarda concordancia con la que, hasta el momento ha efectuado la Sala de Casación Laboral en uso de sus facultades de unificación como Tribunal de cierre, pues así se ha previsto entre otras, en sentencias CSJ SL1084-2023, CSJ SL3465-2022, CSJ SL 4322-2022 y CSJ SL2877-2020 y al mismo tiempo, resulta armónica y coherente con lo previsto en los artículos 7 y 9 del Decreto 3995 de 2008:

Artículo 7°. Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

(...)

El artículo 9° del Decreto en cita dispone:

Artículo 9°. Cotizaciones voluntarias. En el evento en que el afiliado haya realizado cotizaciones voluntarias al RAIS dentro de su cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias, si una vez resuelta la situación de múltiple vinculación se establece que está vinculado al RPM, la administradora del RAIS deberá informar al afiliado la posibilidad de retirar tales cotizaciones o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que el afiliado guarde silencio, las cotizaciones voluntarias quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados.

Y es que las normas que regulan las restituciones en caso de traslados entre regímenes pensionales, bien sea por decisión del afiliado o por multivinculación, preservan el mismo principio: no ordenan pagar rendimientos sobre los costos de operación y los descuentos con destinación específica. Así en el mismo tono, el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el capítulo 3 del Decreto 1833 de 2016 dispone:

ARTÍCULO 2.2.2.3.1. Traslado de régimen pensional. (...)

1. (...).

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual,

incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

ARTÍCULO 2.2.2.3.2. Traslado de recursos. Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.2.2.3.3. del presente Decreto. En los casos en los que se haya presentado una múltiple afiliación de régimen o una múltiple vinculación de administradora se procederá de la siguiente manera:

Si el traslado se produce desde una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a otra o a Colpensiones, se deberá trasladar el valor acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado;

En este punto, reitero que las normas en cita se refieren al cambio de régimen y eventos de múltiple vinculación, pero es factible acudir a ellas en analogía ante la falta de regulación de los eventos de ineficacia del traslado, además que ellas atienden a la dinámica y particularidades de los subsistemas pensionales existentes en el marco de la Ley 100 de 1993. Nótese que estas normas establecen que cuando el traslado se efectúe del RAIS al RPM se trasladan los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos ***reportados sobre los mismos***, filosofía que, en el sentir de la suscrita, debe mantenerse cuando el traslado de recursos obedezca a la ineficacia de la afiliación, pues no se generan dividendos sobre los recursos destinados a gastos de administración, comisiones, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros.

Estos últimos conceptos, se insiste, no reportan rentabilidad, al menos no para la SAFP, pues, van dirigidos a terceros que no hicieron parte del proceso; a subvencionar gastos operacionales y de funcionamiento de la SFAP y no quedan disponibles para su inversión, por lo que mal haría la Sala en ordenar que se restituyan con una rentabilidad que no se produjo a favor del fondo condenado; siendo entonces procedente su restitución de forma indexada a fin de contrarrestar la pérdida de su valor por el paso del tiempo.

Así para concluir, debe dejarse claro que concuerdo con la mayoría de la Sala en que la ineficacia de la afiliación acarrea que las SAFP deban trasladar los saldos de la cuenta de ahorro pensional y los bonos pensionales del caso, todo ello junto con sus rendimientos; pero discrepo en que se ordene restituir rendimientos sobre los demás conceptos (gastos de administración, comisiones, valores destinados a fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros) pues estos no reportaron rentabilidad, utilidad o ganancia alguna para la SAFP, de lo que sigue que deban devolverse de manera indexada.

Con tales razonamientos dejo sustentada mi discrepancia parcial con la decisión adoptada por la Sala.

Fecha *ut supra*



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada