

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS**
VS. **COLFONDOS S.A., COLPENSIONES**
LLAMADAS EN GARANTÍA: **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.**
hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA,
AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.,
COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.,
MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICACIÓN: 760013105 019 2023 00082 01

Hoy, veintidós (22) de julio de 2024, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** presentada por el apoderado de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS** contra **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, y las llamadas en garantía, **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.** hoy **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA**, **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** con radicación No. 760013105 019 2023 00082 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 05 de julio de 2024, celebrada, como consta en el **Acta No. 43** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

AUTO NÚMERO 472

RECONOCER personería al abogado Jorge Eduardo Díaz Marín, portador de la T.P. 335.002 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES.

En consecuencia, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la apelación y consulta en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 157

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia de la afiliación** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.; se ordene la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los aportes juntos con los rendimientos, demás acreencias y gastos de administración; costas y agencias en derecho (arch.01 fl.8).

“(…) PRIMERO: Que se DECLARE LA INEFICACIA de la afiliación que efectuó mi mandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, concretamente a la sociedad Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, sin ningún tipo de restricción.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordene a través de esta sentencia la afiliación de mi poderdante al régimen de prima media con prestación definida administrado por La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

TERCERO: Sírvase señor juez ORDENAR a La AFP Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, que una vez ejecutoriada su sentencia, se sirva devolver los aportes efectuados por mi mandante junto con sus respectivos rendimientos, y demás acreencias a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

CUARTO: Sírvase señor juez ORDENAR a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, que una vez ejecutoriada su sentencia se sirva a devolver los gastos de administración causados comisiones y demás acreencias que haya lugar durante el tiempo que mi mandante estuvo afiliada en estas AFP.

QUINTO: Sírvase señor juez CONDENAR a las entidades demandadas reconocer y pagar a mi mandante las costas y agencias en derecho que se causen.

SEXTO: CONDENAR en lo que ultra y extra petita resulte demostrado en el proceso (…)

Como sustento de lo pretendido, la demandante señaló que: al momento de presentar la demanda contaba con 56 años de edad; en el año 1988 inició su vinculación con el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES; en octubre de 1994 se afilió al RAIS administrado por COLFONDOS S.A.; el asesor de dicha entidad no le brindó información completa sobre las características de ambos regímenes, el derecho de retracto o la posibilidad de retorno al RPM, tampoco le realizó una proyección pensional; el 27-04-2022

elevó reclamación ante COLPENSIONES y la entidad la resolvió negativamente; actualmente se encuentra afiliada a COLFONDOS S.A.

Las demandadas **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** se opusieron a las pretensiones, tras considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

La demandada **COLPENSIONES** adujo como ciertos los hechos, salvo los referentes a la falta de información al momento suscribir la afiliación al RAIS, del cual señaló que no le consta. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y carencia del derecho; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe; compensación; y la inoponibilidad por ser tercero de buena fe.

La demandada **COLFONDOS S.A.** adujo como ciertos los hechos referentes a la fecha de traslado al RAIS y su afiliación vigente en la entidad; respecto de la ausencia de información, adujo en cambio que, al momento de la afiliación, ofreció a la demandante la información suficiente y completa y que no era exigible la presentación por escrito de proyecciones o cálculos pensionales. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; 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.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; y compensación y pago.

A su vez, COLFONDOS S.A., solicitó llamamiento en garantía de las aseguradoras: AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., con la pretensión de que, en el evento de que se condene a la entidad a retornar los conceptos de los seguros previsionales por los riesgos de invalidez y sobrevivencia, sean dichas aseguradoras las que respondan en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con cada una de ellas. Como sustento, la encartada señaló, en síntesis, que: la demandante pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional y que se ordene el traslado de los aportes de la cuenta individual al régimen de prima media con prestación definida,

incluyendo los conceptos de seguros previsionales; la demandante suscribió vinculación con la entidad el 10-10-1994; la entidad realizó pagos a las aseguradoras por dichas coberturas y ésta no cuenta ya con tales dineros.

El A quo, mediante auto del 16-08-2023, resolvió entre otros asuntos, devolver los llamamientos en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y Aseguradora de Vida Colseguros hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., los cuales fueron debidamente subsanados por la demandada.

La llamada en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, en su contestación, frente a las pretensiones adujo que si bien es cierto no está llamada a oponerse, se pronunció en favor de la validez de la afiliación de la demandante al RAIS. Como excepciones formuló: inexistencia de vicio en el consentimiento que implique la declaratoria de ineficacia de la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en favor del demandante; cumplimiento de los requisitos legales por parte de la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A. para la afiliación del demandante; y las excepciones planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía. En lo que refiere al llamamiento en garantía, formuló las excepciones siguientes: improcedencia de restitución de prima a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. por la naturaleza del contrato de seguro; improcedencia de obligación de indemnización a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.; no procede el llamamiento en garantía por falta de coherencia entre el objeto del litigio y los riesgos asumidos en el contrato de seguro previsional; y falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía.

La llamada en garantía **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, en su contestación se opuso a la pretensión de reintegro de valores recibidos, tras considerar que los seguros estuvieron válidamente contratados y las aseguradoras asumieron los riesgos de las pólizas; como excepciones formuló: inexistencia de obligación y cobro de lo no debido, a cargo de mi representada; buena fe de la compañía de seguros BOLIVAR S.A.; y prescripción.

La llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, en su contestación, frente a las pretensiones adujo que no está llamada a oponerse, no

obstante, manifestó que la afiliación de la demandante al RAIS se dio con el lleno de todos los requisitos legales. La entidad se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, tras considerar que el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, y la prima recibida por el riesgo asumido no tienen nada que ver con el objeto pretendido en la demanda. Como excepciones a la demanda formuló: las planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía; inexistencia de vicios que nuliten o sustenten una declaratoria de ineficacia respecto del traslado de la demandante al fondo de pensiones administrado por COLFONDOS. Como excepciones al llamamiento formuló: falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía; inexistencia de cobertura; el llamamiento en garantía se torna improcedente al contrariar el principio de asunción de riesgos vs el objeto del litigio, estando la prima devengada en los contratos que existieron; inexistencia de obligación indemnizatoria o de cualquier otra índole a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; inexistencia de obligación de devolución de prima a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. por terminación de vigencia del contrato de seguro.

La llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, en su contestación, de manera general, no se opuso a las pretensiones en la medida en que no se afecten los intereses de la entidad, tras considerar que no están encaminadas a un reconocimiento pensional derivado de los riesgos de invalidez o muerte que conlleven al pago de suma adicional por dicha entidad. Como excepciones de la demanda formuló: las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada; afiliación libre y espontánea de la señora Claudia Esther Escobar Bustos al régimen de ahorro individual con solidaridad; error de derecho no vicia el consentimiento; prohibición del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; 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 y buena fe. Frente a las pretensiones del llamamiento en garantía, la entidad se opuso tras considerar que concertó un contrato de seguro con la obligación condicional de pagar eventualmente, la suma adicional para completar el capital necesario que se requiera para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobrevivencia, sujetándose a la vigencia, las condiciones del amparo que determinan su alcance y ámbito de aplicación, así como las causales de inoperancia del seguro, las que definen el inicio y el momento a partir del cual se asumió el respectivo riesgo y que exoneran a la entidad.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.01 fls.2-25, arch.02 fls.1-112), la contestación de COLPENSIONES (arch.09 fls.1-12), la contestación de COLFONDOS S.A. (arch.12 fls.1-20, 21-134), los llamamientos en garantía (arch.13 fls.1-20), la subsanación de llamamiento en garantía a COLSEGUROS S.A. hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (arch.18 fls.1-75), la subsanación de llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (arch.19 fls.1-70), la contestación al llamamiento en garantía de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. (arch.20 fls.1-33), la contestación al llamamiento en garantía de COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (arch.22 fls.1-7), la contestación al llamamiento en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (arch.25 fls.1-72), la contestación al llamamiento en garantía de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (arch.26 fls.1-114), son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; ordenó a COLFONDOS S.A. transferir a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, cotizaciones voluntarias y bonos pensionales, si los hubiere; gastos de administración con cargo a su patrimonio; a ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado; declaró probadas las excepciones formuladas por las llamadas en garantía y absolvió a dichas entidades; costas y agencias en derecho (arch.45 fls.4-5) (46Audiencia min54:00 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la Colpensiones EICE y Colfondos S.A., frente a las pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado pensional de Claudia Esther Escobar Bustos.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de Claudia Esther Escobar Bustos acaecido el 01 de noviembre de 1994, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos S.A. que en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de Claudia Esther

Escobar Bustos, incluyendo las cotizaciones, los rendimientos financieros, *cotizaciones voluntarias y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-*, junto con valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de Colfondos S.A., este último rubro por todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante al RAIS.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones EICE que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Claudia Esther Escobar Bustos, siempre que se cumplan las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de ella, referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencias en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM, siempre y cuando que se hayan aportado en debida forma por el empleador o por parte de la trabajadora.

QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones formuladas por Allianz Seguros de Vida, Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., Seguros Bolívar S.A., y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., las cuales denominaron "Inexistencia De Obligación y Cobro de lo no debido, para en su lugar ABSOLVERLAS del llamamiento en garantía que presentó Colfondos S.A.

SEXTO: Costas a cargo de Colfondos S.A. a favor de la parte demandante, y de las cuatro aseguradoras llamadas a juicio, fijando la suma equivalente a un s.m.l.m.v como agencias en derecho para cada una de las partes (...)."

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLFONDOS S.A.** la apeló y argumentó, en síntesis, que: la demandante ejerció su libre derecho de elección de régimen pensional, sin coacción y de conformidad con las disposiciones vigentes para la época en que suscribió el formulario de afiliación; antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, no existía una obligación de las AFP de efectuar simulaciones pensionales; la demandante fue asesorada conforme la normatividad vigente al momento de la afiliación; respecto de la devolución de gastos de administración y demás, no fue tenido en cuenta lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia SU-107 de 2024; la Corte Suprema de Justicia ha indicado que de los gastos de administración se discriminan varios conceptos entre los que están los dineros de primas de seguros previsionales que no debió ordenarse su devolución así tampoco las sumas del fondo de garantía de pensión mínima, ya que son situaciones consolidadas imposibles de retrotraer; tampoco se deberían devolver aportes voluntarios al RAIS que implicaron beneficios tributarios a la demandante; la citada sentencia SU es de inmediata aplicación en el asunto. Por lo anterior, el apoderado judicial solicita a la Sala que se revoque la sentencia de primera instancia (45Audiencia min56:50 y ss).

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 05 de julio de 2024, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

La apoderada judicial de COLPATRIA S.A. alegó de conclusión, reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la contestación de la demanda; solicita a la Sala que se revoque la sentencia de primera instancia.

El apoderado judicial de COLFONDOS S.A., en sus alegatos de conclusión se ratificó en los argumentos fácticos y jurídicos que sirvieron de sustento en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada; solicita a la Sala que revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia.

La apoderada judicial de MAPFRE S.A., en sus alegatos de conclusión expuso nuevamente los argumentos que sostuvo en la contestación de la demanda; solicita a la Sala que se confirme la sentencia de primera instancia en la cual la entidad fue absuelta.

El apoderado judicial de ALLIANZ SEGUROS S.A., en sus alegatos de retomó los argumentos fácticos y jurídicos que sirvieron de sustento en la contestación de la demanda; solicita a la Sala que se confirme la sentencia de primera instancia en la cual la entidad fue absuelta.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, en sus alegatos de conclusión, se ratificó en los argumentos de hecho y de derecho que sostuvo en la contestación de la demanda; solicita a la Sala que se absuelva a la entidad o en caso de confirmarse la decisión, se ordene el reintegro de todos los conceptos, tales como: saldos de la cuenta de ahorro individual, comisiones y gastos de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, bonos pensionales, aportes voluntarios, frutos y mejoras y la indexación que recae sobre todos los valores.

El apoderado judicial de la demandante, optó por guardar silencio.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., “*la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*”.

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen de la demandante resulta nulo o ineficaz? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS nació el 14 de junio de 1965 (arch.02 fl.01) estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el mes de septiembre de 1988 (arch.12 fl.23) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP COLFONDOS S.A., el 01 de noviembre de 1994, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.12 fl. 44).

Hora de la consulta : 3:27:15 PM
Afiliado: CC 51819898 CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS [Ver detalle](#)

Alfido presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 51819898

Español de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de recombinación	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-10-10	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1994-11-01	

Un item encontrado.

Vinculaciones migradas de Marequis para: CC 51819898

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-10-10	1995-05-13	01	AFILIACION	COLFONDOS	

Un item encontrado.

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como **trabajadora del sector privado** previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP COLFONDOS S.A., en la que se afirma por la parte demandante que dicha entidad no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”.** Y el artículo 114 ibidem expresa: *“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones (...)**”*

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para 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”,* con la consecuencia que **“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...)”.** (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, **“podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.”** Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”.**

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso de la demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la

leyenda preimpresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtirse de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes providencias: **AL2884-2023**, SL-3179, 3180, 3150, 2468, **2105**, 1084, 1085, 932, 610 de 2023, SL 4324, 4297, 3465, **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, 1217, 782 y 373 de 2021**, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 **de 2020**, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689, 1688, 1421, 1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2023 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que “*el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación*”, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los

afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el número 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía 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”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

- *“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”*.
- *Un “análisis previo, calificado y holístico 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 perjudicarle.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tan complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) *“(…) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información*

que les atañe (...)” lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010“(...) existirá *ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” (SL-1452-2019).*

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente “*la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)*”, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

La Corte Constitucional, en su sentencia SU-107 de 2024, aborda específicamente la ineficacia de traslado de afiliados del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad entre los años 1993 y 2009;

ello como consecuencia de las acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración del debido proceso por parte de las autoridades judiciales al desconocer el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia.

En la citada sentencia, la Corte Constitucional consideró que el precedente de la Corte Suprema de Justicia es desproporcionado en materia probatoria y viola el debido proceso; en consecuencia, moduló dicho precedente estableciendo nuevas reglas para los procesos en los que se pretenda declarar la ineficacia de un traslado entre regímenes, por lo que:

“(...) deben tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, 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, puede:

(i) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones.

(ii) Procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas acudiendo a las enlistadas en el Código General del Proceso, tales como “(...) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes”, y las demás que considere necesarias, pertinentes y conducentes.

(iii) Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.

(iv) Acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP.

(v) Invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar sus dichos, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos oficiosos (...).”

La Alta Corporación extendió las nuevas reglas establecidas a todas las demandas en curso y futuras ante la jurisdicción ordinaria laboral, relacionadas con la ineficacia de los traslados entre regímenes pensionales ocurridos entre 1993 y 2009.

En concordancia con lo anterior, la Sala procede a ahondar en el alcance del análisis probatorio integral del presente asunto, más allá de la inversión de la carga de la prueba, tal como lo ha venido realizando en todas sus sentencias proferidas hasta la fecha y que, en relación con la temática que nos ocupa, la Corte Constitucional lo enmarca en las reglas que establece en la SU-107 de 2024.

En efecto, en el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, la AFP COLFONDOS S.A., al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministrara una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció, pues del acervo probatorio aflora lo siguiente:

Hechos acreditados en el plenario			
Documento/Evidencia	Fecha	Detalles	Ubicación cdo.juzgado
Cédula de ciudadanía	14/06/1965	Fecha de nacimiento de la demandante Edad para requisito de pensión: 14/06/2022	arch.02 fl.1
Certificado de afiliado RAIS	1/11/1994	COLFONDOS S.A.	arch.12 fl.22
Historia laboral RAIS		COLFONDOS S.A.	arch.02 fls.2-22 arch.12 fls.23-43
Certificación SIAFP Asofondos	1/11/1994	Traslado a COLFONDOS S.A.	arch.12 fl.44
Reclamación administrativa	27/04/2022	Ante COLPENSIONES	arch.02 fl.23
Negativa de traslado de régimen	27/04/2022	COLPENSIONES	arch.02 fls.24-26
Póliza de aseguramiento COLFONDOS S.A.	01-01-2001 a 31-12-2001 01-01-2002 a 31-12-2002 01-01-2003 a 31-01-2003 01-01-2004 a 31-01-2004	Con AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. Invalidez, sobrevivientes y auxilio funerario	arch.14 fls.20-65
Póliza de aseguramiento COLFONDOS S.A.	31-12-2004 a 31-12-2005 31-12-2005 a 31-12-2006 31-12-2006 a 31-12-2007 31-12-2007 a 31-12-2008 01-07-2016 a 31-12-2017 01-01-2018 a 31-12-2018	Con COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. Invalidez y sobrevivencia	arch.14 fls.67-131, 175-203, 208-244
Póliza de aseguramiento COLFONDOS S.A.	01-01-2009 a 01-01-2013 01-01-2013 a 01-01-2014 01-01-2014 a 01-01-2015	Con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Invalidez y sobrevivientes	arch.12 fls.123-134

Pólizas de aseguramiento COLFONDOS S.A.	02-05-1994 a 31-12-1994 01-01-1995 a 31-12-1995 01-01-1996 a 31-12-1996 01-01-1997 a 31-12-1997 01-02-1998 a 31-12-1998 01-01-1999 a 31-12-1999 01-01-2000 a 31-12-2000	Con Aseguradora de Vida Colseguros hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Invalidez y sobrevivientes	arch.26 fls.46-57
---	---	---	-------------------

Con ello, la AFP COLFONDOS S.A. no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que la AFP COLFONDOS S.A., no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, la demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Ahora, del interrogatorio rendido, CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS aseguró que: se afilió a COLFONDOS S.A. en el año 1994 cuando visitaron la empresa donde laboraba e hicieron una charla informativa grupal; le informaron de la empresa que debía pasar a recursos humanos para firmar el formulario de afiliación al RAIS; la orientación en ese momento se centró en que el ISS hoy COLPENSIONES iba desaparecer y era recomendable afiliarse a un fondo privado; nunca se acercó a la AFP a solicitar otras asesorías; después de la pandemia ha empezado a recibir mensualmente información de la AFP; no ha solicitado una proyección de una posible mesada en el RPM; no sabe cuantas semanas ha cotizado ni qué capital tiene ahorrado en la cuenta individual; no fue coaccionada para suscribir la afiliación al RAIS; no se trasladó de nuevo al RPM porque desconocía las características de ambos regímenes (46Audiencia min13:20 y ss).

En ese orden de ideas, no aflora del interrogatorio, ni de los hechos de la demanda, confesión alguna que permita inferir la satisfacción del deber de asesorar

debidamente. Por el contrario, de la contestación de COLFONDOS S.A., se extrae que:

“(...) AL HECHO 8: NO ES CIERTO.- como está redactado, los asesores de mi representada brindaron a la demandante una información completa y suficiente, para el momento en que se suscribió el formulario no era exigible para el fondo de pensiones la presentación por escrito de proyecciones o cálculos pensionales. La demandante está válidamente afiliada al RAIS (...)”.

Lo anterior determina que para COLFONDOS S.A., la parte actora debía permanecer en total incertidumbre al momento de la afiliación. Tampoco acreditó otro de los supuestos fácticos que enuncia en su contestación como lo es, que el asesor comercial que afilió a la demandante estaba idóneamente capacitado y que brindaron el apoyo a la demandante en materia de planeación de sus cotizaciones constantes o incluso mejoradas voluntariamente.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho– del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer. Tampoco se avala la teoría del relacionamiento que plantea el impugnante, para hacer notar que la permanencia en el RAIS puede significar una afiliación informada, pues lo acreditado señala lo contrario (SL4222-1055 de 2022).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz**

el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que el 01 de noviembre de 1994, realizó CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

Procedencia Devoluciones. Análisis precedente Corte Constitucional SU-107-2024. Seguimiento precedentes Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia.

La sentencia de Corte Constitucional SU-107-2024 analizó el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a que la ineficacia y las devoluciones de “todas las sumas” o “valores” que administró el RAIS, destinadas a financiar las prestaciones del RPM (considerandos 304-312) y sugiere desde la óptica constitucional algunas complejidades, que devela a partir de tres (3) razones:

“(i) porque desconoce que el valor de los aportes devueltos es, de ordinario, insuficiente para financiar una mesada con un IBC elevado; (ii) porque desconoce las importantes razones, de orden técnico y financiero, que tuvo el legislador para imponer el límite de los 10 años a los traslados entre regímenes y, (iii) por más que se declare que por conducto de la ineficacia el tiempo se devuelve al día del traslado ello es materialmente imposible, pues el afiliado en el RAIS durante muchos años o incluso décadas se benefició de la administración de su pensión, su capital obtuvo rendimientos, pudo hacer aportes voluntarios, se pagaron primas para los riesgos de invalidez y muerte, entre otras situaciones consolidadas”. (Lo subrayado es nuestro)

Frente a ello, vale decir con mayor insistencia y con apoyo en los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. que resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas,

¹ CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima

devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese y si así lo informa el afiliado, o con carácter disponible en la cuenta de aportes de no vinculados², así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio.

Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7³, compilado en el D. 1833 de 2016, aplicable en materia de traslados de afiliados, art. 1º ib.), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Ello porque el argumento de la insuficiencia de recursos del sistema pensional colombiano debe propiciar modificaciones estructurales como las que se tramitan por la vía democrática, más no crear la patente de corso para quienes como expertos en el tema, por ser sus Administradores, puedan pasar inadvertidamente y quizá sin ninguna consecuencia, pues debieron informar lo pertinente al afiliado desde 1994 o 2003. La obligación de cuidado y precaución cobra énfasis en esta materia respecto de quien tiene la cara función de administrar un servicio público bajo la supervisión estatal.

La ineficacia del traslado busca dejar sin efectos un paso que jamás debió darse para suprimir toda mácula en el historial pensional de la demandante. Ello porque se desconoció por las AFP el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De manera que se trata de un análisis a la luz de las obligaciones legales de las AFP -de tipo cautelar, en el contexto de incertidumbre financiera en que se mueve el RAIS-. Es ubicar al afiliado y a la AFP en el estado que se encontraban antes del traslado, es

media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...

² El artículo 9 del D. 3995 de 2008 señala en casos de resolución de múltiple vinculación, analogizable en materia de ineficacia por las consecuencias que aparece, que: "(...) 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"

³ Art. 7: "(...) Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

más dice la norma “[l]a afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.

Entonces aquella devolución o “restituciones” se imponen por la Ley 100 de 1993, y ahí no se trata de devolver lo no debido, ni de evitar un enriquecimiento sin causa, no, ello no interesa, no implica la buena o mala fe. Se trata de devolver ni más, ni menos lo que recibió⁴. Es que no se debe olvidar que la ineficacia deviene de infringir, una norma de orden público, cuya defensa frente a la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social pensional, prevalece.

Por eso, la devolución con rendimientos, pues ya se ha dicho que la indexación solo trae a valor presente las cifras monetarias, más no los frutos del dinero. Se busca una restitución integral para que opere una cabal afiliación al régimen pensional de COLPENSIONES, como si hubiera permanecido en el patrimonio del RPM. La educación y pedagogía pensional no puede comenzar a la madurez laboral, sino ejercitarse en el momento pertinente.

Desde las sentencias del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989, SL9464-2018, SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019, se instruyó sobre el deber de la devolución de todos los valores recibidos.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales de la demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar las AFP COLFONDOS S.A., con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público

⁴ En esto, la ineficacia que se defiende en materia Laboral y de la Seguridad Social se asimila -sin ser igual- a la nulidad del contrato que defienden los Civilistas y que dan aplicación al “principio de la independencia de las condiciones de la nulidad y de la responsabilidad” (Thibierge, Catherine. Nulidad, restituciones y responsabilidad. U. Externado de Colombia, 20009) que se sintetiza en que: “Para que se declare la nulidad del contrato se requiere y es suficiente que no se haya respetado una norma imperativa relativa a la conclusión del contrato promulgada bajo pena de nulidad. Si tal fuera el caso el juez no podría agregar otras condiciones, como la exigencia o la ausencia de una culpa (I) o de un perjuicio (II), y rechazar la nulidad con el pretexto de la responsabilidad de las partes”. De ahí que se enseñe en materia de nulidades que: I. La culpa o la ausencia de culpa no es una condición de la nulidad, II. El perjuicio no es una condición de la nulidad. Independencia de conceptos que hacen perseguible la restitución integral, en la medida de la prestación cumplida, en valor, siendo inoponibles argumentos como la imposibilidad de retrotraer efectos, que se reconocen como una técnica tendiente a suprimir el ilícito. (p. 766-775).

no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Ahora bien, el precedente existente alrededor de la devolución con indexación sobre gastos de administración (SL-3464, 4360 de 2019, 3349, 4334, 5686,5292 de 2021 y SL2929 de 2022), intenta morigerar en algo la restitución integral ante la ausencia de pedimento de parte o por las limitaciones propias de los recursos. Aunque valga señalar que por vía del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES no pueden mantenerse, devoluciones no integrales. Esto sobre la base que no afectar la cotización pensional con la distribución propia del RAIS, para volver al statu quo ante de que habla el artículo 1746 C.C., y al que remiten las sentencias de Corte.

Es más, en aras del criterio de la sostenibilidad financiera y de la salvaguarda de los recursos públicos, se considera que la devolución integral debe producirse con los rendimientos que el dinero en manos de COLPENSIONES debía producir.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación⁵, al afirmar:

“La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.

⁵ No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

En lo atinente a los llamamientos en garantía que deprecia COLFONDOS S.A. respecto de las aseguradoras, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. debe señalarse que el objeto del seguro previsional no contempla la asunción de las condenas resultado de la infracción del deber de ilustración que le atañe a la administradora pensional, pero es más, la ineficacia deja sin efecto todo tránsito por el RAIS de la demandante, consecuencia que le atañe resolver a COLFONDOS S.A. con cada una de las señaladas

aseguradoras, en el marco de sus relaciones negociales, sin afectar la cotización del demandante.

Finalmente, dada la no prosperidad de la alzada, la Sala habrá condenar costas a la recurrente vencida en juicio.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
- II. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **COLFONDOS S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán la demandante si así lo informa la afiliada, o con carácter disponible en la cuenta de aportes de no vinculados.
- III. **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las

cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

IV. CONDENAR a COLPENSIONES, a tener a CLAUDIA ESTHER ESCOBAR BUSTOS, como su afiliada, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de las AFP, como se ordenó en los resolutivos precedentes.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., apelante infructuosa, y a favor de la parte demandante y de cada una de las llamadas en garantía. Como agencias en derecho se fija la suma de \$2'000.000 a cargo de la vencida y a favor de la demandante y de \$ 500.000 a favor de las llamadas en garantía. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el microsítio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el enlace: <https://publicacionesprocesales.ramajudicial.gov.co/> o *Edictos*

QUINTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.



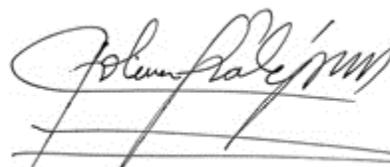
-Firma electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Ponente



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada

Salvamento parcial de voto



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Magistrado

Aclaración de voto

Firmado Por:

Monica Teresa Hidalgo Oviedo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 008 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: **94bfa35aebbb7fb7500e46ae1051a29243b3f6829b8b9178d1ac8bd2cc41029**

Documento generado en 22/07/2024 08:39:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>