



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

SENTENCIA 265

Aprobado mediante Acta del 27 de septiembre de 2024

Proceso	Ordinario Laboral
Competencia Tribunal	Recurso de apelación Grado Jurisdiccional de Consulta
C. U. I.	760013105007202300428-01
Demandante	PAULA SOTO MOLINA
Demandada	COLPENSIONES COLFONDOS SA PROTECCION SA
Llamado en garantía	ALLIANZ SEGUROS DE VIDA
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Confirma
Magistrado Ponente	Álvaro Muñiz Afanador

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día treinta y uno (31) de octubre de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Tercera de Decisión Laboral, conformada por los magistrados Álvaro Muñiz Afanador, quien actúa como ponente, Elsy Alcira Segura Díaz y Jorge Eduardo Ramírez Amaya; obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CPTSS, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva al abogado Víctor Hugo Becerra Hermida quien se identifica con T.P. 145.940 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Colpensiones; y a su vez, se reconoce personería jurídica a la profesional Diana Elizabeth Panameño Iburguen, quien se identifica con T.P. 255.179 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder de sustitución aportado.

I. ANTECEDENTES

Paula Soto Molina pretende

que se declare la «ineficacia de la afiliación» del Régimen de Prima Media con Prestación Definida —RPMPD— al de Ahorro Individual con Solidaridad —RAIS—; en consecuencia, se ordene Colfondos y Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, como lo son: cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, frutos, rendimientos, intereses y gastos de administración; que una vez trasladados este Colpensiones valide los aportes y los incorpore a la historia laboral del pensionado. Costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que se trasladó a Colfondos en octubre de 1995, en donde permaneció hasta el 1 de agosto de 1988 cuando se pasó a Protección, sin que en ninguna de las dos oportunidades se le hubiera dado información clara y completa de los beneficios, contras y consecuencias del traslado. Ante dicha situación, señaló que en el 2023 solicitó a los mentados fondos, la información de su pensión y elevó la petición de trasladarse a Colpensiones, sin que esta fuera aceptada.

Las demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, exponiendo los siguientes argumentos:

Colpensiones indicó que la decisión de traslado de régimen pensional, es una atribución exclusiva del afiliado, sin que hubiera tenido injerencia en el acto de traslado, situación por la que no puede aceptar el traslado pretendido dado que el actor se encuentra inmerso en la prohibición fijada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y 1 del Decreto 3800 de 2003.

Como excepciones presentó la inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, la innominada, buena fe, prescripción trienal, prescripción de la acción, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Protección indicó que cumplió con los requisitos legales al realizar el traslado, dado la capacidad de sus asesores, configurándose así, la selección de régimen por parte del demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, sin que sea posible que después de 20 años se pretenda acreditar una indebida asesoría por parte del fondo.

Presento como excepciones la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la vinculación de la actora al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación y pago, buena fe y la innominada o genérica.

Colfondos argumentó que la demandante decidió trasladarse de régimen pensional de manera libre y voluntaria, después de recibir de su parte toda la información del funcionamiento de los regímenes pensionales, situación por la que no es posible después de tanto tiempo aducir una ausencia de asesoría. Exaltó que la actora cuando se trasladó contaba con las mismas posibilidades pensionarse tanto en el RPMPD como en el RAIS.

Como excepciones presentó la validez de afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Protección, 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.

Solicitó llamar en garantía a Allianz Seguros de Vida SA, el que fue admitido a través del auto 3314 del 8 de noviembre de 2023, quien también se opuso a la prosperidad de las pretensiones por no estar dirigidas en su contra. Propuso como excepciones las formuladas por quien efectuó el llamamiento en garantías, afiliación libre y espontánea de la demandante al RAIS, que el error de derecho no vivía el consentimiento, la prohibición de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al RPMPD, 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, el traslado entre administradoras del rais denota la voluntad de la afiliada 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, prescripción, buena fe y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia 024 del 1 de marzo de 2024, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PROTECCION S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora ADRIANA TENORIO SERNA, de condiciones civiles conocidas en este trámite, con PROTECCION S.A. en el año 1999, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora ADRIANA TENORIO SERNA, de condiciones civiles conocidas en este proceso, lo que incluye los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, frutos e intereses, además de los gastos de administración, que comprenden, la cuota de administración, pagos de seguros provisionales, aportes al fondo de garantía mínima, estos últimos tres rubros, los administrativos, deberán ser reintegrados de manera indexada, y por todo el tiempo que perduro la aquí demandante al RAIS, Sumas estas que deberán ser discriminadas por ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y demás información que sea relevante, para lo cual se otorgará un plazo de treinta (30) hábiles días contados desde la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora ADRIANA TENORIO SERNA de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual. sin solución de continuidad ni cargas adicionales, y actualizar y entregar la historia laboral, en un término de treinta (30) días hábiles a partir de la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada una de las demandadas y a favor del demandante.

SEXTO: ORDENAR la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

Lo anterior, basada en que la demandante no recibió una debida asesoría sobre las consecuencias del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad por parte de las entidades demandadas en el momento de efectuarse el mismo.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación, señalando que la Ley 797 de 2003 señala las exigencias mínimas para realizar el traslado, así como la limitación de ejecutar este cuando al actor le faltaren menos de diez años de llegar a la edad mínima de pensión; además dijo que dentro del plenario no se acredita que la demandante hubiera sido engañada al momento del cambio de régimen, resaltando la permanencia de la actora, la que considera confirma la intención de consolidar su derecho pensional en el RAIS.

Por otra parte, advirtió que recibir a la actora, afecta a futuro la sostenibilidad financiera del sistema, por poner a su cargo la obligación de reconocer una prestación pensional sin haber administrados los recursos de esta. Pidió que de confirmar lo resuelto se tenga en cuenta la sentencia SL782-2021.

Colfondos presentó recurso de apelación, advirtiendo que la demandante cuando se vinculó con ella, ejerció su derecho de escogencia de régimen pensional, lo que se hizo de manera libre y espontánea, cuya constancia registra en el formulario de afiliación; además de que este se hizo con el lleno de los requisitos legales, sin que para la época del acto se estuviera en la obligación de realizar proyecciones pensiones, pues esto solo surgió tras la expedición de la Ley 1758-2014.

Por último, indicó que no hay lugar a ordenar la devolución de lo que fue destinado al seguro previsional, dado que ella solo fungió como intermediaria de la aseguradora, quien recauda los dineros que permitió cumplir con la protección ante las contingencias de invalidez y muerte.

IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue parcialmente adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación. Frente a los puntos objeto de los recursos, serán implícitamente resueltos por vía de la primera.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante, la señora Paula Soto Molina y las

demandadas, Protección S.A. y el llamado en garantía Allianz Seguros de Vida S.A., presentaron escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico puesto a consideración de la Sala es el de determinar si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS.

Los fundamentos legales empleados para sustentar la tesis de la Sala, son la Ley 100 de 1993, artículo 53 Constitución Nacional, Sentencias CSJ SL1061-2021, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL938-2021, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 666/2022 y CC SU-107 de 2024.

En este proceso no se debe ignorar que el demandante a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 se encontraba vinculado al RPMPD y que se trasladó al RAIS en 1995.

De la ineficacia del traslado.

La Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, estableciendo el método dual de pensiones obligatorias, conformado por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); último gestionado por las administradoras de fondos de pensiones (AFP), las que

dentro de sus facultades tiene la de atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, por lo que intrínsecamente deben brindar asesoría a los potenciales afiliados.

Con el fin de regular la permanencia en los fondos y administradora de pensiones existentes, antes del 2004, luego de realizar la afiliación inicial, el afiliado podía trasladarse de régimen cada tres años¹, situación modificada por el literal e del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que incrementó a cinco el plazo, además que, limitó que el paso se pudiera realizar hasta cuando al afiliado le faltaren diez años para cumplir la edad que le permite acceder al derecho a la pensión.

En tanto, el artículo 13 ibidem faculta a los afiliados al sistema general de pensiones para escoger el régimen de pensiones que prefieran, según sus intereses; si el empleador o cualquier otro actor es limitada esa libertad, tal conducta puede sancionarse, conforme el artículo 271 del mismo mandato; jurisprudencialmente de vieja data, en la sentencia CSJ SL1688-2019 se definió que la sanción recibida en el caso en estudio sería la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

También, de antaño la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL12136-2014 sentó que la expresión libre y voluntaria, dispuesta por el legislador en el literal b el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, el que internamente requiere de certeza de las consecuencias de la decisión. En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de estos a suministrar la información necesaria a los usuarios, para lograr la mayor transparencia, para que a través de elementos de juicio claros y objetivos,

¹ En vigencia de la Ley 100 de 1993

puedan escoger la mejor opciones del mercado, lo que para el caso, sería el régimen en el que desea realizar sus aportes para alcanzar el derecho pensional.

El deber de información con el tiempo ha cobrado mayor exigencia, pudiendo situarse en «tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante»; siendo claro que para el momento en que el demandante se trasladó de fondo, ya existía la obligación de los fondos de brindar la información completa a sus usuarios, la que conforme el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizarlo a través de un parangón entre las opciones a escoger, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para los afiliados

En tanto es claro que, la obligación de información y de carga de la prueba recae en el fondo de pensiones, en busca de reequilibrar el plano desigual existente entre los fondos de pensiones y el afiliado inexperto².

Teniendo claro lo anterior, tenemos que conforme el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en principio permite que la manifestación de voluntad del traslado se soporte en la solicitud de vinculación, sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada o se ratifica con la suscripción de este, por el solo hecho de dejar expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, cuando ello no fue cumplido en el plano real, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala

² CSJ SL1688-2019

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SL1113-2023, CSJ SL5292-2021, CSJ SL3708-2021 y SL1688-2019.

Es de advertir que el cumplimiento del deber de información se debe cumplir sin que sea relevante la calidad del afiliado, si este cuenta con expectativas pensional, derecho consolidado o algún tipo de beneficio transicional; toda vez que, el cumplimiento de la obligación se analiza al acto de traslado, sin que sean relevante los beneficios de transición que pudiera llegar a tener un afiliado³.

Ahora bien, respecto a la vinculación a varios fondos dentro del mismo RAIS, la Sala de Casación Laboral ha explicado que la actuación de traslado entre regímenes, no se convalida por los traslados de administradoras pertenecientes al de ahorro individual, de modo que:

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”

En ese contexto, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte, en este caso la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información

³ CSJ SL5595-2021

presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ «(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)»⁴⁵.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional a través de SU 107 de 2024, en la que se reiteró la CC T 191-2020 dispuso que:

(...)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, puede:

(i) Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019,

⁵ CSJ SL3349-2021

mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.

(ii) *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. En ese propósito, el juez debe procurar la obtención de todas las pruebas que requiera, acudiendo a las enlistadas en el artículo 161 del Código General del Proceso: “(...) 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 a las demás que considere necesarias. De hecho, el artículo 51 del CPTSS dispone que en el proceso laboral “[s]on admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”. Estas pruebas pueden ser solicitadas o aportadas por las partes, o pueden ser requeridas de manera oficiosa. La práctica de estas pruebas es importante si se asume que el objeto del proceso ordinario laboral es reconstruir los hechos ocurridos en el pasado para, en caso de comprobarse, acceder a las pretensiones o negarlas. La prueba, en tal sentido, tiene el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido.*

(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) *En lo relativo a las pruebas documentales, el juez puede oficiar para que se aporte al expediente ordinario, por ejemplo, el formulario de afiliación. En ese formulario, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994 -artículo 11-, pueden encontrarse leyendas preimpresas en las que normalmente se señala “que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”. Esta Corte entiende que esa sola prueba no demuestra, perse, el suministro de información y que, por tanto, no puede ser suficiente para absolver a las demandadas. En ello le halla razón a la Corte Suprema de Justicia. Con todo, en criterio de esta Corte, dicho formulario debe ser una prueba más en el expediente que deberá ser estudiado en su conjunto con las demás que se alleguen. Igualmente, en materia de documentos, los jueces pueden solicitar de oficio a la AFP la carpeta administrativa del accionante para establecer si de allí pueden extraerse elementos de juicio que permitan identificar si la persona fue informada o no.*

(v) *Ahora, si se asume que, en este tipo de procesos, como se ha dicho, es muy complejo acudir a pruebas directas (v. gr. los documentos), a*

partir de las cuales pueda sostenerse -más allá de toda duda- que la información realmente se entregó, corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios. En efecto, en los interrogatorios las partes y el juez pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.

De conformidad con lo indicado en el artículo 59 del CPTSS, el juez puede “ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos”. En este ejercicio el juez puede, comunicando a las partes sobre las consecuencias de faltar a la verdad, pedirles que informen sobre las circunstancias en que se entregó la información, sobre las razones que los asesores de las AFP suministraron en ese momento y que motivaron el traslado final, sobre la forma en que se prestó asesoría (si se hizo en una reunión o de manera individual), etc. En este ejercicio podría, inclusive, obtenerse alguna confesión por parte del demandado o del demandante.

(vi) Igualmente, los testimonios pueden ser fundamentales. Específicamente cuando se citan personas que pudieron atender la asesoría en un mismo espacio, y que por ello pudieron escuchar los argumentos presentados por los asesores de las AFP cuando conminaron a diversos ciudadanos a trasladarse al RAIS. Como lo dispone el artículo 221 -numeral 3- del CGP, en este supuesto el juez puede exigir “al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento”. Luego de ello podrá valorar si lo dicho por el testigo puede tener mayor o menor valor probatorio.

(vii) A su turno, el juez puede tener en cuenta diversas pruebas indiciarias que, en cualquier caso, también deberán analizarse en conjunto con los demás elementos probatorios aportados, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP.

(viii) Finalmente, el juez también podría, excepcionalmente, invertir la carga de la prueba, más no como único recurso. La inversión de la carga de la prueba no puede ser una regla de obligatorio uso en este tipo de procesos (como lo ordena la Corte Suprema de Justicia), pero, al mismo tiempo, tampoco puede ser prohibida. En efecto, no se debe usar esa posibilidad cuando con las pruebas debidamente aportadas, decretadas, practicadas y valoradas se logra demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la demanda. Pero puede suceder

que, en casos excepcionales, el juez esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de probar los hechos que le sirven de causa a sus pretensiones o en un proceso en el cual a pesar de los esfuerzos de las partes y de la facultad oficiosa desplegada por el juez no sea posible desentrañar por completo la verdad

(...)

Pues bien, analizado lo anterior, se evidencia que la postura de la Corte Constitucional no va en contravía de lo expresado por la Sala de Laboral de la Corte Suprema de Justicia, habida consideración que, ambas encuentran pertinente la posibilidad de invertir la carga de la prueba, al momento de determinar si efectivamente se brindó la información en debida forma a quien pretendía afiliarse.

El claro para la Sala que, las posiciones de las altas cortes son complementarias, pues mientras que la garante de la constitución señala que la inversión de la carga de prueba debe emplearse como mecanismo alternativo de no encontrar elementos que lleven a determinar la eficiencia del traslado, para el máximo de la jurisdicción ordinaria, aunque indica que la carga de acreditar la información brindada está en cabeza de la AFP, no deja de lado el caudal probatorio recepcionado en el curso del proceso que pueda llegar a acreditar la obligación de asesoría con la que contaba el fondo de pensiones.

Por lo que, teniendo en cuenta todo lo analizado, a los fondos privados se les impone el deber de información desde su creación, razón por que, ellos deben precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada; sentido en que es claro que no puede ser el afiliado al Sistema de Seguridad Social quien acredite los aspectos y términos en que se cumplió la información, siendo que dicha obligación recaía en cabeza de otro, y la cual, conforme la tarifa legal de prueba, se puede acreditar por cualquier medio de prueba y no solo por documental; despliegue que en el caso de marras es mínimo e

impide acreditar que el demandante hubiera recibido la asesoría en los términos debidos.

En tanto, ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP de otorgar toda la información relacionada al régimen al cual pretendía afiliarse el demandante, para que así, el interesado tomará la mejor decisión, trae como consecuencia, como se analizó desde los inicios, la declaratoria de la ineficacia del traslado, sin que sea posible convalidar con el paso del tiempo o con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

Además, no se puede sancionar al afiliado a permanecer en un fondo que no le dio a conocer información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, situación que lleva a una afectación a sus intereses pensionales.

Tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de la afiliación pueda convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra cerca de causar el derecho pensional, donde se advierten las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de fondo de pensiones, como entidad que materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva

entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto; por lo anterior, el fondo debe retornar todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y comisiones⁶, incluyendo también los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Conforme con todo lo expuesto, hasta acá se analiza la procedencia de la ineficacia de traslado por incumplimiento de las obligaciones legales de la AFP.

Ahora, resta decir que, la Ley 2381 de 2024 promulgada el 16 de julio, en su artículo 76 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD DE TRASLADO. Las personas que tengan setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas, para el caso de las mujeres, y novecientas (900) semanas cotizadas, para el caso de los hombres, y que les falten menos de diez años para tener la edad de pensión, tendrán dos (2) años a partir de la promulgación de la presente ley para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa la doble asesoría de que trata la Ley [1748](#) de 2014.

Situación que sería aplicable al actor, conforme el número de semanas cotizadas a lo largo de la vida laboral. Por lo que es claro, que la parte demandante tiene derecho a retornar a Colpensiones tanto por la ausencia del deber de información de la AFP, como por la posibilidad que le

⁶ la sentencia CSJ SL1421-2019, en la que reitera las providencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018; CSJ SL2601-2021 en la que se rememora la CSJ SL2877-2020.

brinda la Ley que establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP no existen razones para que aquella no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa.

Sobre los gastos de administración y primas, la jurisprudencia ha indicado, que toda vez que, la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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, por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida⁷.

Así mismo, respecto del derecho de retracto, es menester precisar, que esta es una obligación en cabeza de los fondos de pensión, esto, conforme lo establece el artículo 3.º del Decreto 1661 de 1994, por ende, así los fondos cumplan con esta gestión, no se puede pasar por alto, que lo que se evidencia en el presente caso es que al momento de la afiliación —previo al retracto— se omitió brindar información transparente, clara, precisa, completa a la afiliada, para que tuviera un panorama del manejo de cada uno de los regímenes y así, pudiera tomar una decisión y determinar en cuál de los regímenes le resultaba en aquella época más favorable.

De la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas; además la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 37989, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019.

responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el t3pico se pronunci3 la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicaci3n 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022.

Por todo lo expuesto hasta ahora, considera este Tribunal que la AFP al no acreditar que hubiese cumplido con el deber de informaci3n, es procedente declarar la ineficacia del traslado, siendo natural ordenar la devoluci3n de los conceptos ahorrados en la cuenta de ahorro individual, los cuales se deben discriminar con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y dem3s datos relevantes que lleven a su justificaci3n para efectos de la devoluci3n, tal y como lo dispuso el juzgado de primer grado.

En cuanto a la oposici3n de la condena en costas, considera la Sala que como quiera que esta imposici3n simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el art3culo 365 del C3digo General del proceso, y no reviste la obligaci3n de analizar actuaciones de buena o mala fe, m3xime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado, por lo que la misma ha de confirmarse.

En esta instancia se causaron a cargo de Colpensiones y Colfondos, y en favor de la demandada, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario m3nimo legal mensual vigente, para cada entidad.

En m3rito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISI3N LABORAL, administrando justicia en nombre de la Rep3blica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia 024 del 1 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

Segundo: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos, y en favor de la demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, para cada entidad.

Tercero: Por la secretaría de la Sala Laboral, notifíquese esta sentencia por edicto a las partes y demás intervinientes, conforme a las directrices trazadas por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el auto AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, rad 89628 y, en la STP3384-2022.

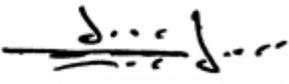
Cuarto: DEVOLVER por secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁLVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado Ponente



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

Para consulta, acceso al expediente:

[ORD 76001310500720230042801](https://www.corteconstitucional.gov.co/ORDENAMIENTO/ORDENAMIENTO/76001310500720230042801)

