República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	**11001310501920230009401**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**YIMMY ALFREDO WALTEROS MUÑOZ**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** - **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** - **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veinticinco (2025), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Yimmy Alfredo Walteros Muñoz** se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectuado por Colfondos a mediados del año 1994, asimismo se declare la ineficacia del traslado realizado con otras AFP dentro del RAIS. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado,

a Porvenir S.A. entidad en la que actualmente se encuentra afiliado, anule su afiliación en el RAIS y ordene todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración a Colpensiones, a esta última entidad a activar su afiliación en el RPM y cargar correctamente las semanas trasladadas, al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones señaló en síntesis, que fue afiliado al ISS hoy Colpensiones efectuando cotizaciones desde el 22 de mayo de 1980, al 31 de diciembre de 1994, por lo que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraba afiliado al RPM.

Relató que, se trasladó al RPM al RAIS con Colfondos S.A. a mediados del año 1994, iniciando cotizaciones a partir del 1 de julio de 1994; que al momento de su traslado dicho fondo no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, en especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; que posteriormente se trasladó a Protección S.A. a comienzos del año 1998, realizando cotizaciones a partir del 1 de enero de 1998 y a Porvenir S.A. a finales del año 2002.

Indicó que, nació el 10 de enero de 1961; que Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional ofreciéndole una mesada de $4.095.300, para el año 2023; que al realizarse una simulación pensional en el RPM obtendría una mesada pensional que equivaldría a la suma de $7.806.037,73; que en total para el 10 de enero de 2023, acredita 2.076 semanas de cotización. Por último, mencionó que radicó derecho de petición a Colpensiones el 14 de diciembre de 2022, frente a la cual recibió respuesta negativa (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación del actor ante dicha entidad y término de permanencia en el RPM, fecha nacimiento y reclamación administrativa; en relación a los demás, dijo no constarle por ser hechos ajenos a la entidad. Como excepciones de fondo, propuso las de aplicación indebida del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (archivo 05, carpeta 1ª inst, exp. digital).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación del actor a esa entidad; frente a los demás manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica (archivo 06, carpeta 1ª inst, exp. digital).

COLFONDOS S.A. contestó igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la afiliación del señor Yimmy Alfredo a ese fondo; respecto a los demás hechos dijo no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación, pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A. (archivo 07, carpeta 1ª inst, exp. digital).

Adicionalmente, solicitó fuera llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha entidad, cuyas vigencias datan del 01/01/1994, al 31/12/2000. El *A quo* mediante providencia del 21 de marzo de 2024, admitió el llamamiento en garantía (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital).

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos dijo no constarle ninguno, en cuanto a las excepciones solicitó se tuvieran en cuenta las planteadas por Colfondos, las cuales coadyuvaba solo en caso de favorecer los intereses de la entidad. En relación al llamamiento, se opuso a la misma. Sobre los hechos expuestos en el escrito de llamamiento, dijo que no eran ciertos los extremos de la cobertura de la póliza, asegurando que el extremo inicial había sido a partir del 02/05/1994, en cuanto a los demás hechos manifestó no ser ciertos y no constarle algunos de ellos.

Propuso como excepciones de fondo, las de abuso del derecho por parte de Colfondos S.A. al llamar en garantía a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. aun cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/o restitución de la prima, al no prosperar las pretensiones del llamamiento en garantía, las agencias en derecho a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. deben liquidarse por un valor igual al asumido que compense el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que implicó la causa, inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de la obligación a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia del traslado, la ineficacia del acto de traslado no conlleva a la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 020900001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las

condiciones del seguro y cobro de lo no debido (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital).

La **AFP PROTECCIÓN** contestó oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación del demandante a dicho fondo; respecto a los demás dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: 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 devolver la prima del 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, innominada o genérica y el traslado de la totalidad de los aportes a otra administradora de fondo de pensiones (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de octubre de 2024 (archivo 27, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado del señor YIMMY ALFREDO WALTEROS MUÑOZ identificado con C.C. No. 19.439.075, del RPM administrado por Colpensiones al RAIS por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con Nit. No. 800.149.496-2, realizado el 01 de julio de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *válidamente vinculado al demandante YIMMY ALFREDO WALTEROS MUÑOZ identificado con C.C. No. 19.439.075, al RPM administrado por Colpensiones, desde el 22 de mayo de 1980, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. identificada con NIT No. 800.144.331-3, quien actualmente administra los aportes de la demandante, a la*

demandada PROTECCIÓN S.A. quien fue la AFP intermedia y a COLFONDOS S.A., quien fue la AFP que realizó el traslado primigenio a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor YIMMY ALFREDO WALTEROS MUÑOZ identificado con C.C. No. 19.439.075, como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con destino a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, donde COLPENSIONES esta obligada a recibir dichas sumas.

***CUARTO:** al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.*

***QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.*

***SEXTO: ABSOLVER** a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de las pretensiones incoadas en su contra dentro del llamamiento en garantía, por las razones expuestas en esta providencia.*

***SÉPTIMO:** se condena en costas a la demandada COLFONDOS, tásense por Secretaría.*

Para **fundamentar su decisión** hizo referencia al deber de la información señalando que en cuanto a la ilustración de las características, acceso, condiciones y riesgos, debía remitirse a lo dispuesto en el literal b), artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y a lo consagrado en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Posteriormente, trajo a colación las diferentes sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con la obligación de los fondos privados de suministrar a los usuarios una información que sea completa, teniendo en cuenta el deber de la asesoría y el buen consejo, sobre la necesidad del consentimiento informado el cual no puede ser derivado de un simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en relación a la carga de la prueba que radica en los fondos de pensiones.

Seguidamente, se pronunció frente al interrogatorio de parte rendido por el actor, indicando que allí había señalado que no recibió información clara y completa, por lo cual se estaba ante un supuesto negativo; que de acuerdo con la

interpretación jurisprudencial son las instituciones financieras quienes se encuentran capacitados para este tipo de información por ser los expertos y quienes tienen respaldo en los complejos equipos actuariales, para dar a conocer en forma detallada cómo es que funcionan los regímenes pensionales, de manera que se ubican en una mejor posición frente al usuario; por consiguiente, la AFP siempre será el profesional y el afiliado un inexperto, presentándose un plan de desigualdad, por lo que la legislación lo que intentó fue equilibrar las exigencias en ese deber de información y asesoría.

Sostuvo que, en el caso bajo estudio Colfondos en la contestación de la demanda había hecho una afirmación indefinida sobre la validez que tenía esa afiliación, afirmando que había proporcionado una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de que garantizaran una orientación a sus afiliados; sin embargo, no había aportado prueba que acreditara tal afirmación; por lo que se deducía que no se había cumplido con el deber de entregar una información que fuera completa y sobre todo clara al accionante para que él decidiera escoger el régimen pensional, lo cual conllevaba a que se tuviera que declarar la ineficacia del traslado.

Sobre el llamamiento en garantía, consideró que la aseguradora ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. no intervino en la asesoría para el respectivo traslado de régimen pensional, siendo una obligación que le correspondía a Colfondos como primera AFP que intervino en la vinculación al RAIS del aquí demandante; por lo tanto, esa aseguradora era ajena a cualquier actuación realizada. Frente al tema de las costas, el despacho condenó a la AFP que realizó el traslado primigenio, que en este caso fue Colfondos y se negó a la solicitud de condenar en costas a esa entidad por el llamamiento en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. manifestó su inconformidad frente a la decisión de primera instancia en lo concerniente a la absolución de costas a cargo

de Colfondos, ya que debió considerarse que no procedió el llamamiento en garantía, asimismo se estaba en presencia de un abuso del derecho por parte de Colfondos, toda vez que dicha AFP conocía previo a que se radicara el llamamiento que la acción era infructuosa conforme a la reiterada y pacífica jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, debiendo la entidad que asumir costos para la representación judicial.

Acotó que, de conformidad con los artículo 361, 365 y 366 del Código General de Proceso y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto 2016, del Consejo Superior de la Judicatura se solicitaba que al momento de tasarse las agencias en derecho a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA, se tuviera en cuenta las facturas que se aportaron como prueba, con el fin de que la suma liquidada se equipare al valor que ha tenido que pagar por concepto de representación judicial y donde se puede extraer que el valor unitario por proceso asciende a la suma de $3.500.000; que asimismo se reconozca agencias en derecho en contra de la sociedad convocante por el evidente abuso de derecho en un rango entre 1 a 10 SMLMV, por lo que al llegarse a liquidar las agencias en derecho por un valor inferior al sufragado y acreditado por concepto de representación, se estaría generando un detrimento patrimonial a la compañía.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: ***i)*** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro

individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos y posteriormente a otras AFP, fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los emolumentos señalados por el *A quo*; ***ii)*** si procede la condena en costas en primera instancia a favor de la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor Yimmy Alfredo Walteros Muñoz nació el 10 de enero de 1961; ***ii)*** que cotizó al ISS entre el 22/05/1980, hasta el 31/12/1994, acumulando un total de 742,57 semanas; ***iii)*** que el **8 de junio de 1994**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, cuando suscribió formulario de afiliación, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de julio de 1994; y ***iv)*** que posteriormente, se afilió a ING hoy Protección el 23 de diciembre de 1997 y el 25 de septiembre de 2002, se trasladó a Porvenir S.A., en donde permanece afiliado en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 01 y 14 carpeta 1ª inst. exp. Digital.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la

administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del

artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**8 de junio de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral

1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Aunado a lo expuesto, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación de la demandante en el que conste la solicitud de traslado a la AFP Colfondos, y cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, no logra demostrarse con prueba alguna que se le hubiese brindado a la actora una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[…] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

De otra parte, resulta importante aludir a la sentencia **SU 107 de 2024**, que recientemente profirió la Corte Constitucional, en donde hizo algunas precisiones relacionadas con el deber de información en los casos en que se alega la ineficacia de traslado, señalando que en gran parte compartía los postulados de la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando puntualmente sobre el tema, lo siguiente:

> ***318.*** *Dicho ello, la Sala Plena de esta Corte Constitucional comparte buena parte de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia. El deber de información que debía prestarse a los afiliados, antes de que estos optaran por el nuevo régimen pensional, existía desde el mismo momento en que se creó el RAIS. Fue a partir de la Ley 100 de 1993 que las personas tuvieron la opción de escoger entre el régimen pensional hasta el momento conocido y el nuevo régimen pensional que entraba a competir por los afiliados y escoger implicaba, de suyo, conocer los alcances de tal decisión.*
>
> ***319****. Es cierto que, como lo señaló Asofondos en su intervención ante esta Corte, las razones que pueden tomar en consideración las personas para afiliarse a un régimen pueden ser muchas y muy variadas (v. gr. consejos de sus amigos o de sus familiares). Sin embargo, lo que aquí se discute no es cuál fue el motivo que cada*

persona tuvo, en su fuero interno, para trasladarse. Lo que realmente interesa es definir si las personas fueron debidamente informadas o no, de acuerdo con el estándar que existía para la fecha del traslado, antes de adoptar una decisión que a la postre repercutiría en su derecho pensional. En este orden, el deber legal de las administradoras era simplemente informar y hacerlo de manera objetiva. Si luego de ello la persona voluntariamente resolvía trasladarse al RAIS, esa determinación gozará de plena validez, con independencia de que aquella les hubiere dado más importancia a las opiniones de terceros, que a la misma información suministrada por las AFP.

320.También puede señalarse, como conclusión preliminar, que el deber de información fue modificándose y haciéndose más exigente con el tiempo. En esto, también hay una coincidencia con la Corte Suprema de Justicia. En efecto, de 1993 a 2009, se debía informar sobre las características esenciales del régimen al que la persona pretendía trasladarse.

321. También se coincide con la Corte Suprema de Justicia en el hecho de que no informar debidamente a los usuarios, conforme al estándar exigido por las normas vigentes al momento en que estos efectuaron su respectivo traslado, genera la ineficacia del mismo pues esa es la consecuencia jurídica que determina el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 a la práctica de obstruir (en este caso a través del ocultamiento de datos relevantes) el derecho a la libre elección entre regímenes.

No obstante, indicó la Corte Constitucional que el precedente de la Corte Suprema de Justicia podía generar algunas dificultades frente al debate estrictamente probatorio, arguyendo la alta Corporación:

322. *Sin embargo, al tiempo que se acepta todo lo anterior, la Sala también encuentra razonables algunos de los argumentos expuestos por las autoridades públicas que han participado en este proceso judicial. Así, por una parte, en lo que tiene que ver con el debate estrictamente probatorio, el precedente de la Corte Suprema de Justicia puede generar algunas dificultades. En efecto, con fundamento en la normatividad existente sobre la materia, puede resultar altamente complejo para una AFP demostrar -en la actualidad y por medio de pruebas directas- que sí brindó información a una persona que se trasladó en el periodo comprendido entre 1993 y 2009. Y ello tiene que ver con que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establecía que: "[c]uando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido".[1] (Subrayas fuera de texto).*

323. *En una inmensa mayoría de casos, las AFP solo cuentan en sus archivos con el formulario exigido en la norma trascrita, formulario que, sin embargo, y como lo*

[1] Decreto 692 de 1994, Artículo 11, inciso 7.

ha resaltado la propia Corte Suprema de Justicia, no es tenido en consideración a efectos de establecer si la afiliación se dio, en efecto, con pleno conocimiento de causa.

***324**. Distinta es la situación que se presenta, al menos, desde la expedición del Decreto 2241 de 2010, pues, en su artículo 7 -parágrafo 2-, se dispuso de manera categórica que era obligación de las AFP guardar todos los documentos a través de los cuales se pudiere verificar que "el consumidor financiero recibió la información suficiente y la asesoría requerida y que, en consecuencia, entiende y acepta los efectos legales, así como los potenciales riesgos y beneficios de su [traslado]". Este mandato se volvió a incluir en la Circular Externa 016 de 2016, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia. Así, toda aquella documentación que dé cuenta de la información que se prestó a la persona afiliada en el traslado que este hizo luego del año 2010, debe encontrarse en poder de las administradoras. Estas deben cumplir con la obligación de custodia documental, en el sentido expuesto por la jurisprudencia constitucional, debiendo guardar todos estos archivos y haciéndose responsables por su preservación.*[2]

***325**. De cualquier modo, las dificultades probatorias que se advierten en esta clase de procesos, no deberían suplirse solo acudiendo a la figura de la inversión de la carga de la prueba. De hecho, debería promoverse la participación de la parte demandante (que podría aportar los elementos con que cuente) y del juez (que podría acudir a sus poderes oficiosos), con el objeto de que se esclarezcan los hechos, tal y como se señaló supra.*

326. De otra parte, en lo referido al argumento de la presunta afectación de la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, esta Corte advierte que aquella puede presentarse en alguna medida. Como se ha visto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha sostenido que, de las 478.000 personas que ya no pueden trasladarse libremente entre regímenes porque están a 10 años o menos de adquirir la edad pensional, demandarían 223.306. Igualmente, el Ministerio señala que, en un 100%, las AFP perderían estas demandas. Ese Ministerio da por sentado que siempre que se demande se declarará la ineficacia del traslado entre regímenes. Esto, aunque puede ser relativo, debe llamar la atención de esta Corte.

Por consiguiente, la Corte Constitucional marcó las siguientes reglas de decisión:

***327.** Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: **(i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009**, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho*

---

[2] *Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 2004. "Los archivos, en contextos de complejidad sistémica como los son las sociedades contemporáneas, suponen no sólo la correcta organización de los documentos que se producen en el ejercicio estatal, sino que implican la posibilidad de ejercer derechos tan diversos como el acceso a la información y el goce efectivo de prestaciones sociales –entre otros-. Constituye además, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Estado de derecho en la modernidad: la posibilidad de ejercer control social, político y jurídico de las actuaciones que se desarrollan al interior de Administración pública. En la sistematización de la información, además, se manejan un saber y un poder específicos que, como tales, deben estar abiertos al conocimiento debate públicos –dadas ciertas excepciones-."*

periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la nulidad y a la ineficacia del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. ***Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos*** *(supra 220 y ss). Y, (iii)* ***en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada*** *(supra 298 y ss). (Subrayada y negrilla fuera del texto original).*

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.*** *(Subrayada y negrilla fuera del texto original).*

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 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, per se, 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.* (Subrayado fuera texto original, negrilla texto original).

Como bien se desprende de la tesis planteada por la Corte Constitucional, en los casos de ineficacia de traslado ocurridos entre los años 1993 a 2009, al Juez le corresponde decretar y practicar las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes conforme a las reglas de la sana crítica y solo de manera excepcional debe acudir a la inversión de la carga de la prueba. Acotó igualmente, la sentencia citada, que el anterior criterio debe ser aplicado a los procesos ordinarios que se encuentran en curso, bien sea en primera o segunda instancia e incluso en sede casación y los que se susciten en sede de tutela, con el fin de no transgredir el principio de seguridad jurídica.

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, procede la Sala a revisar las actuaciones procesales surtidas en primera instancia a fin de poder determinar si en efecto la parte actora logró acreditar a través de los medios probatorios decretados y practicados, que la AFP demandada no cumplió con su deber de información.

En audiencia celebrada por el *A quo,* el demandante absolvió interrogatorio de parte, en el cual manifestó que es profesional en administración de empresas; que comenzó su vida laboral trabajando para la empresa DEVI siendo vinculado al ISS; que para la época del traslado de régimen pensional fue un asesor de Colfondos a su sitio de trabajo, haciéndole una exposición acerca de los beneficios de trasladarse el RAIS, entre los que le señalaron, fue que se podía pensionar con menor edad, que su pensión sería igual o superior a la que recibiría en el RPM y que el ISS se iba a acabar; que se trasladó a otros fondos, porque le hacían visitas en la empresa y le aseguraban mejores beneficios; que nunca le informaron sobre la posibilidad de retractarse, tampoco se le mencionó sobre los aportes voluntarios, ni que en dicho fondo existía una cuenta de ahorro individual.

De acuerdo a lo señalado, advierte la Sala que no se desprende confesión alguna por parte del promotor de litigio en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que Colfondos, haya dado cumplimiento al deber de información y tampoco se avizoran contradicciones que lleven a cuestionar la veracidad de la declaración rendida por el actor, pues de su relato no se evidencia que la AFP le hubiera comunicado sobre los riesgos que obtendría en el RAIS, la posibilidad que tenía de efectuar cotizaciones adicionales, las consecuencias que obtendría de no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez, tampoco se le comunicó sobre la garantía de pensión mínima, ni los requisitos para obtener la devolución de saldos, que Colfondos era un régimen distinto al extinto ISS, que sus aportes iban a ser dirigidos a una cuenta de ahorro individual, que dichos aportes darían rendimientos, los requisitos para obtener el reconocimiento y el pago pensional, ni se le habló del bono pensional.

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan

corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional, lo cual brilla por su ausencia en este caso.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, aspectos que fueron analizados por el *A quo* y por esta instancia judicial a la luz de las reglas de la sana crítica de que trata el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, apreciándose libremente los medios de convicción que fueron allegados al presente proceso y que en el interrogatorio de parte rendido por el actor, fundamentándose esta decisión bajo los elementos de juicio que más persuadieron a su credibilidad y que conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, pues aunque para el momento en que se profirió la sentencia se apoyó en los fundamentos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la inversión de la carga de la prueba, lo cierto es que analizó en conjunto todas las pruebas arrimadas al plenario, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a las sumas que deben devolverse al RPM cuando se declara la ineficacia del traslado, en la sentencia SU 107 de 2024, sobre ese particular se sostuvo:

> ***299**. En relación con estas 25 modalidades de devolución**, es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie***

de situaciones que consolidaron.[3] (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

300. *De acuerdo con la naturaleza de las primas de seguros y el riesgo que amparan hacen que mes a mes se pague el respectivo seguro para cubrir ya sea el riego de invalidez o de muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, la Corte recordó que en relación con la distribución de la cotización obligatoria que del 16% que la compone, la Administradora de Fondos Pensionales que corresponda deberá destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Así entonces, la Corte explicó que la forma en la que se financia una pensión de invalidez en el RAIS, de acuerdo con el inciso primero del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, así:*

> *"6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. Esas AFP no podrán realizar este tipo de negocios jurídicos en beneficio de un solo individuo, sino en favor del conjunto de sus afiliados. Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el siniestro se produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen a la persona.*
>
> *"Quien habrá de tomar la póliza, como se desprende de lo antedicho, será la AFP. Ello debe hacerse garantizando, en todo caso, una licitación pública que haga posible la libre concurrencia de las entidades que estén autorizadas para asegurar este tipo de riesgos. Ejercicio que deberá permitir la igualdad de acceso, de información, la objetividad en la selección, la periodicidad y la publicidad. Una vez seleccionada la sociedad que servirá a este propósito, se entenderá que aquella habrá de responder por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar (i) la pensión de invalidez, solo en caso de que lo contenido en la cuenta individual de la persona no sea suficiente para el mismo propósito –como ya se dijo– y (ii) la pensión de sobrevivientes, en circunstancias similares a la anterior."*[4]

301. En cuanto a los gastos de administración, si bien no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, esta Corte ha expresado frente a los mismos gatos de administración en salud "que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente*. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las*

[3] Los aportes voluntarios a fondos de pensiones obligatorias están permitidos solo para los afiliados al RAIS, y se tienen como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de hasta el 25% del ingreso laboral anual o de la cédula general, porcentaje que no podrá ser superior en todo caso a 2.500 UVT.

[4] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencia SU-313 de 2020.

EPS."[5]*Ahora es de resaltar, que esta utilidad por la administración en pensiones tiene un impacto incluso para determinar a qué fondo pertenece un afiliado. Por ejemplo, en la Sentencia T-266 de 2023 la Corte amparó los derechos de una afiliada a la que Colpensiones le negó el traslado por considerar que no se encontraba en su aplicativo de traslados. En esta ocasión, la Sala Segunda de Revisión concluyó que operó la figura de la afiliación tácita: "(i) por la actitud que tuvo la administradora al aceptar, sin reparos, el traslado de la actora; (ii) porque (la entidad accionada) ha recibido sus aportes hasta la actualidad y durante un lapso prolongado; y (iii) porque cuando se solicitó el traslado de régimen, solo se había trasgredido la prohibición del artículo citado en este párrafo por dos meses… (la entidad accionada) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social de la (accionante) cuando negó el reconocimiento de una pensión de vejez bajo el argumento de que el traslado hecho hacia el RPM era nulo*." (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[…]

303. ***<u>En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.</u>*** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[…]

305*. Desde la perspectiva constitucional, derivada del Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el anterior argumento habría que reiterar dos cuestiones. <u>La primera</u>, es que, como ya se ha sugerido,* ***<u>la afectación a la sostenibilidad financiera del RPM no está dada en el corto plazo, sino en el mediano y largo. En efecto, nunca el valor que la AFP traslada a Colpensiones por razón de la declaratoria de la ineficacia de un traslado (así</u> <u>se incluyan valores como el porcentaje destinado a gastos de administración, el pago de primas o los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros) será suficiente para financiar una prestación en el RPM. Y no lo será porque el RPM tendrá que financiar el subsidio a pensiones con altos ingresos en su base de cotización. Y la financiación será más elevada en la medida en que el monto de la mesada crezca.</u>*** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

306. *<u>La segunda</u>, es que la argumentación de la Corte Suprema de Justicia pasa por alto la regla que limita los traslados entre regímenes, impidiendo que estos se lleven a cabo si al afiliado le restan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. Esa regla tiene un fundamento técnico y financiero, dirigido precisamente a proteger la sostenibilidad financiera del sistema. En efecto, la regla de los 10 años ha procurado garantizar una adecuada responsabilidad fiscal en el manejo de los recursos del RPM.*

307. *La posición de la Corte Suprema de Justicia es que, si el traslado de un ciudadano hacia el RAIS se declara ineficaz, entonces habrá de asumirse que este*

[5] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

ciudadano jamás salió del RPM. Pero, lo que sostiene esta Corporación, es que no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado.

308*. En efecto, la persona que siempre estuvo afiliada al RPM contribuyó, con sus aportes, al pago de las pensiones en ese mismo régimen, dado que dicho fondo es común, solidario y de naturaleza pública. Si todas las personas que hoy se devuelven al RPM por cuenta de la declaratoria de la ineficacia de su traslado siempre hubiesen estado afiliadas -verdaderamente- a dicho régimen, este habría contado con más recursos para financiar sus pensiones y, en consecuencia, se habría acudido en menor proporción al presupuesto general de la Nación para completar el pago de pensiones. Esto supone, a su turno, que una buena parte del dinero que del presupuesto se destinó para el pago de pensiones en el RPM, pudo utilizarse en otras materias que resultaran importantes para el Estado y que hicieran parte del gasto público social.*

[…]

312. En suma, la tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la declaratoria de la ineficacia no afecta la sostenibilidad financiera del RPM porque los aportes recibidos por el RAIS deben ser devueltos, comporta algunas complejidades. Esto por tres 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. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

313. *Además, sería muy importante recalcar en este punto que la protección de la sostenibilidad financiera es vinculante para todas las ramas y órganos que integran el Poder Público. De hecho, es muy diciente que el legislador, en el proyecto de ley No. 293 de 2023 Senado "Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones", haya tenido la precaución de salvaguardar dicha sostenibilidad financiera. En efecto, el Gobierno Nacional, así como el Congreso de la República, han procurado respetar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social a efectos de que el proyecto de reforma pensional no suponga un menoscabo a las finanzas de la Nación. Sobre dicho proyecto, como puede advertirse en la Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conceptuó que:*

> *"(…) la implementación de la propuesta de reforma, consistente con las disposiciones del articulado de ponencia propuesto para segundo debate, implicaría un impacto fiscal neto que se acoge a las posibilidades financieras de la Nación en el marco de las restricciones fiscales actuales y proyectadas. Todas las consideraciones incluidas son fiscalmente*

> *factibles manteniendo la sostenibilidad del sistema de protección a la vejez de las finanzas públicas en el largo plazo, de modo que pueden incorporarse en la planeación financiera del Gobierno nacional en línea con las restricciones presentadas por el Marco Fiscal de Mediando Plazo (MFMP), el Marco de Gasto de Mediano Plazo (MGMP) y el estricto cumplimiento de la regla fiscal".*[6]

> ***314.*** *Esta Corte ha sido enfática en que el deber de respetar la sostenibilidad financiera del régimen pensional no es una obligación exclusiva del legislador, toda vez que los jueces de la República también están vinculados por ese principio. Al respecto, en la Sentencia SU-063 de 2023, esta Corte sostuvo que "[e]l inciso séptimo del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, le impuso al Estado el deber de garantizar "la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional". La Corte Constitucional ha reconocido en varias ocasiones que este principio es cardinal en la citada reforma, por lo que tiene naturaleza de principio constitucional específico del sistema de seguridad social, que debe ser consultado en todas las medidas de dirección y control de este sistema y contiene un mandato hermenéutico para los operadores judiciales (…)".*[7]

En atención a este nuevo criterio doctrinal, relativa a que NO resulta dable la devolución de gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y demás ítems ordenados por el Juez debidamente indexados, en virtud a que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, que la Sala acoge por tratarse de sentencia de unificación con efectos *inter pares*, como expresamente se indicó en la parte resolutiva de la referida providencia, razón por la cual esta Sala de Decisión rectificará su criterio, para en su lugar disponer que, no hay lugar a la devolución por gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia e indexación, y demás emolumentos que se hayan ordenado restituir, ordenándose únicamente trasladar los aportes junto con los rendimientos y si se ha pagado bono pensional. No obstante, en el caso de marras las AFP demandadas no interpusieron recurso de apelación; por lo tanto, al estudiarse tanto la alzada como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, no es factible revocar lo decidido por el *A quo* frente a la devolución de dichos conceptos, pues ello implicaría hacer una reforma en perjuicio del mencionado fondo e iría en contra del principio de la *non reformatio in pejus*.

---

[6] Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023. P. 12.
[7] *Cfr*., Corte Constitucional. Sentencia SU-063 de 2023.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

DE LAS COSTAS PROCESALES A CARGO DE LA LLAMANTE EN GARANTÍA

Para resolver, conviene recordar que el llamamiento en garantía es una figura procesal, con la que cuentan las partes dentro del litigio para exigir la vinculación de un tercero que pueda llegar a tener un interés directo en las resultas del proceso; en caso de una sentencia condenatoria, al llamado en garantía se le podrá exigir una indemnización por el perjuicio causado, el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer el llamante o el pago conjunto de la condena que imponga la autoridad judicial, así se desprende del artículo 64 del CGP.

Resáltese entonces que el llamamiento en garantía busca concretar el principio de economía procesal, en el entendido que otorga la posibilidad de que una de las partes solicite la vinculación al proceso de un tercero denominado llamado en garantía, para que se defina, dentro de la misma cuerda procesal, la relación jurídico sustancial existente entre el solicitante y el llamado en garantía, cuando quiera que entre uno y otro exista un vínculo que tenga origen en la ley o en un contrato, que le permita al primero (solicitante) exigir del segundo (llamado en garantía) la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP señala que en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas

se sujetará a las siguientes reglas: *«1. Se condenará en costas* ***a la parte vencida en el proceso*** (negrilla y subrayado fuera del texto original)*, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código»*

Respecto de la condena en costas en la sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional señaló:

> *La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada,* ***sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto****, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.* (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Conforme con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la condena en costas, en los términos previstos en el artículo 365 del CGP, surge de la derrota de una parte en el proceso ya sea total o parcial, o de la decisión desfavorable del recurso interpuesto, es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso con independencia de las causas de la decisión desfavorable; por consiguiente, se considera que le asiste razón al llamado en garantía frente a la pretensión de condena en costas a cargo de Colfondos, pues al ser llamado por parte de dicha entidad, tuvo que incurrir en gastos procesales, siendo vencida la AFP Colfondos en juicio, al determinarse por parte del fallador de primer grado que no procedía el llamamiento en garantía solicitado. En ese sentido, procede el reconocimiento de las costas solicitadas; por lo tanto, habrá de adicionarse la decisión del Juez de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal séptimo de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a favor de la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA, tásense por parte de dicha instancia, lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

019 2023 00094 01