

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: HELCIAS HERRERA CUERO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-002-2023-00076-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de junio 6 de 2024
ORIGEN: Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Multivinculación
DECISIÓN: Modifica.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, once (11) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación contra la Sentencia No. 209 del 6 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **HELCIAS HERRERA CUERO** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-002-2023-00076-01**, dentro del cual se llamó en garantía a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

SENTENCIA N° 375

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del primer traslado o afiliación del ISS ya liquidado hoy COLPENSIONES - a COLFONDOS S.A.; como consecuencia de ello, ordenar el traslado de los aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal Q y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, a COLPENSIONES y; se condene en costas procesales a las demandadas.

¹ Fs. 2-9 Archivo 03 Expediente Digital

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al otrora ISS donde había realizado cotizaciones por varios años antes de trasladarse al COLFONDOS S.A. como consecuencia de una información errada, pues al momento de realizarse la afiliación no recibió una información necesaria, clara y por escrito de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas, incumpliendo así el fondo el deber legal que tenía de proporcionar la información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAI), especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión, tampoco se le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento del fondo, de lo cual debió quedar copia por escrito. Además, omitió enterarlo de forma clara del derecho a la retractación de su afiliación tal como lo establece el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, por lo que fue inducido a un error en el consentimiento. Que solicitó a la AFP que permitiera su retorno al RPMPD, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A.². Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que brindó una asesoría clara, veraz y sin engaños al momento del traslado del demandante, entregando toda la información, para que tomara una decisión consciente y libre de toda coacción respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, actuando de manera profesional, transparente y prudente, fue así como el afiliado decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado entre administradoras y no por la presunta falta de información por parte de los funcionarios de la AFP al momento efectuar el traslado de régimen pensional. Por lo que no puede pretender desconocer la información brindada, so pretexto de fundar una presunta falta de asesoría. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Validez de afiliación a COLFONDOS S.A.; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; 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; necesidad de vinculación de la aseguradora con la que COLFONDOS S.A. ha suscrito contratos de seguro

² Fs. 2-36 Archivo 09 Expediente Digital

previsional desde el año 1994 hasta la fecha, como llamadas en garantía; responsabilidad de la entidad llamada en garantía; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación; innominada.

En escrito separado presentó llamamiento en garantía en contra de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.³

COLPENSIONES.⁴ Se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el traslado del demandante tiene plena validez, ya que fue realizado de forma libre y voluntaria de conformidad con el preceptuado en la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción genérica, genérica.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.⁵ Se opuso a la demanda y al llamamiento en garantía argumentando que las pretensiones no están encaminadas a un reconocimiento pensional derivado de los riesgos de invalidez o muerte que conlleven al pago de la suma adicional por parte de la aseguradora en virtud de la póliza de seguro No. 0209000001, sino que las pretensiones de la demanda están orientadas a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, razón por la que no hay lugar a que se afecten las coberturas otorgadas en la póliza de seguro previsional por cuanto, dicho seguro no contempla dentro de sus amparos, lo pretendido por la parte demandante y por lo tanto, no ha nacido la obligación a cargo de la aseguradora. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada; afiliación libre y espontánea del señor HELCIAS HERRERA CUERO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; error de derecho no vicia el consentimiento; prohibición del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y consiguiente, se configura un acto de relacionamiento

³ Fs. 79-83 Archivo 09 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-19 Archivo 11 Expediente Digital

⁵ Fs. 3-34 Archivo 17 Expediente Digital

que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; buena fe; genérica; 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; inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada debido al riesgo asumido; inexistencia de 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 de traslado; la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe; falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001; prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro; aplicación de las condiciones del seguro; cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 209 del 6 de junio de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las administradoras de fondo de pensiones **COLPENSIONES S.A** y que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, CARENCIA DEL DERECHO, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN GENERAL, EXCEPCIÓN GENERAL, las enunciadas por COLFONDOS S.A, “VALIDEZ DE AFILIACIÓN A COLFONDOS SAS, 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 DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHO DE TERCEROS DE BUENA FE, NECESIDAD DE VINCULACIÓN DE LA ASEGURADORA CON LA QUE COLFONDOS SA HA SUSCRITO CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL DESDE EL AÑO 1994 HASTA LA FECHA, COMO LLAMADAS EN GARANTÍA, INEXISTENCIA DE VICIO DE CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO, INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA, NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS, COMPENSACIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA”.*

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor **HELCIAS HERRERA CUERO** con la AFP **COLFONDOS S.A**, En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de **HELCIAS HERRERA CUERO** al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS SA., una vez ejecutoriada esta providencia, proceda a reintegrar a Colpensiones dentro de los 30 días, los aportes realizados por la parte demandante, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Además, a devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esa administradora.

DISPONER que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la administradora privada de pensiones dé cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los conceptos enunciados, a contabilizarlos como aportes pensionales en la historia laboral de **HELCIAS HERRERA CUERO** y a activar su afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, de igual manera, proceda a realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

SEXTO: ABSOLVER a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA., de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** Consecuencialmente, a la llamante en garantía se le condena en costas. Fíjense como agencias en derecho el valor correspondiente a 1 SMLMV a favor de la aseguradora.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las entidades demandadas y a favor de la actora se excluye a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA.**

OCTAVO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA por ser adversa a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que de acuerdo con la pacífica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde que se implementó el sistema general de pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados de manera clara, precisa y oportuna, sin que dentro del proceso las AFP hayan cumplido con la carga de demostrar que informaron al demandante respecto las características de cada uno de los regímenes pensionales y de las circunstancias particulares de su decisión, pues la firma del formulario era insuficiente para tener por satisfecho el deber de información, situación que abría paso a dejar sin efecto la afiliación al RAIS, junto con las consecuencias propias que dicha ineficacia acarrea, como lo era trasladar al RPMPD todo los valores recibidos con motivo de la afiliación,

incluyendo los gastos de administración y demás conceptos descontados del aporte con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que el demandante realizó el traslado de régimen de forma libre, voluntaria y sin presiones, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 13 literales E de la Ley 100 de 1993, contando con el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la ley no es excusa. Además, debieron probar eficazmente que el fondo de pensiones privado incurrió en un vicio, o sea, en una causal de nulidad, pero ello no está demostrado más allá del propio dicho de la parte actora, razón por la cual, no se cuenta con los elementos requeridos para acreditar la ineficacia de la afiliación, por lo que el traslado conserva incólume su presunción de validez y surte plenamente sus efectos en el mundo jurídico, puesto que no ha sido desvirtuado por el demandante. Agregó, que la obligación de recibir al demandante podría afectarla directa o indirectamente, ya que tendrá a su cargo el reconocimiento de prestaciones pensionales, posibles intereses moratorios y demás costos, sin haber percibido los aportes del demandante durante toda su vida laboral. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas, toda vez que actuó conforme a un deber legal cuando el actor tomó la decisión de trasladarse de fondo de pensiones, no pensando en las consecuencias que esto acarrearía.

COLFONDOS S.A. también apeló la sentencia bajo el argumento que el demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme al artículo 13, literal e de la ley 100 de 1993, y conforme a las pruebas allegadas al plenario, se concluye el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria de conformidad con las disposiciones legales vigentes, voluntad que claramente quedó plasmada por medio de su firma para la fecha en la cual se afilió al RAIS, pues no hubo vicios del consentimiento, ni fuerza, ni dolo, ni error, por ende no procede la ineficacia. Asimismo, precisa el deber de diligencia y cuidado que como consumidor financiero debió tener el actor, dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliado, tal como lo establece el Decreto 2241 del 2010. Además, la Ley 797 el 2003 introdujo modificaciones al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en virtud de

las cuales se establece que un afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le resten 10 años o menos para alcanzar la edad requerida para pensionarse, debe destacarse que la ley establece de manera categórica la prohibición de llevar a cabo el traslado del RAIS al RPMPD, por lo que es de vital relevancia a considerar el marco legislativo que rodea este caso, pues antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, no existía una obligación por parte de los fondos de pensiones de hacer proyecciones en el momento que un afiliado optaba por realizar el traslado del régimen, lo cual respalda la imprevisibilidad que enfrentaba el fondo para advertir estos cambios normativos en el año en que el demandante optó por el traslado del régimen, por ende, la condena implicaría una retroactividad normativa expresamente prohibida por la legislación colombiana.

Sostuvo que la devolución de gastos de administración y seguros previsionales no procede, por lo que la sentencia se revela en contra del artículo 7 del decreto 3995 del 2008 que regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado, los cuales se resumen en los saldos en unidades de los aportes realizados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y al Fondo de Garantía de pensión mínima del RAIS, pero la norma no hace mención a algunas alguna a gastos de administración ni seguros previsionales, por ende resulta improcedente solicitar a la AFP la devolución de recursos que nunca estuvieron bajo su posesión y que fueron pagados a terceros, como ocurre en el caso de los seguros previsionales, el cual se contrató para que se cumpliera la cobertura donde la aseguradora asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, de ahí que es fundamental considerar que la ineficacia no puede revertir actos y contratos con las aseguradoras, que ya fueron efectivamente consumados, y si ello se hace, conllevaría un enriquecimiento sin causa justificada para Colpensiones a expensas de un empobrecimiento correlativo para la AFP, entidad que no está obligada a soportar tal carga.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante y Colpensiones guardaron silencio. COLFONDOS S.A. reiteró los argumentos de alzada. La llamada en garantía insistió en sus argumentos de defensa. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** Si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor HELCIAS HERRERA CUERO al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y; **(ii)** en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, si es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución indexada de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** Si es procedente revocar la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto, a saber, que el señor HELCIAS HERRERA CUERO: **i)** se afilió al RPMPD el 3 de noviembre de 1994 y realizó cotizaciones válidas hasta el 28 de febrero de 1995 (fs. 20-21 Archivo 11 ED) y; **ii)** se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 1° de marzo de 1995 (f. 37 Archivo 09 ED).

De acuerdo con la situación fáctica anteriormente descrita, se tiene que el promotor de la acción se afilió al otrora ISS en noviembre de 1994, pero solo cuatro meses después realizó su afiliación al RAIS.

Al tenor de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, "*Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez*

cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.”

Por su parte, el artículo 16 del mismo compendio normativo dispone que, *“Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.”* En tal sentido, habiéndose afiliado la actora al RPMPD en julio de 1992, no podía afiliarse al RAIS en el mes de noviembre de 1994, pues ya había realizado cotizaciones válidas al primer régimen que había seleccionado.

El artículo 17 del 692 de 1994, vigente para la época en que el demandante incurrió en multivinculación, señala:

“Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”

En ese sentido, la afiliación al RAIS que hizo el señor HELCIAS HERRERA CUERO no resulta válida, como quiera que no hubiese transcurrido el término mínimo de tres años de afiliación al RPMPD, que fuera su selección inicial, para poder realizar traslados entre los regímenes pensionales, situación que pasó inadvertida el juez de instancia.

Así las cosas, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo para en su lugar declarar que la afiliación válida del demandante es la realizada al RPMPD actualmente administrado por COLPENSIONES, por haberse realizado el traslado de al RAIS antes del término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Ahora, no se desconoce que, de acuerdo con la norma transcrita en líneas que anteceden, en estos casos de multivinculación corresponde a la AFP cuya afiliación no resulta válida por no haberse realizado dentro de los términos de ley, trasladar la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación es válida, sin que se haga mención a conceptos adicionales como gastos de administración, prima de seguro previsional y aportes del fondo de garantía de pensión mínima. Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que este asunto también se estudia en virtud del recurso de apelación y el grado

jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación.

Téngase en cuenta, que más allá de lo explicado en párrafos anteriores, lo cierto es que en el plenario no existe un solo elemento de juicio que acredite que COLFONDOS S.A. cumplió con su deber de información frente a la demandante, pues si bien sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia SU107-2024 que no puede efectuarse una inversión automática de la carga de la prueba, ello no se traduce per se a que sea el afiliado el que acredite el cumplimiento o no del deber de información, ya que, de conformidad con el principio de la carga dinámica de la prueba contenido en el artículo 167 del C.G.P, ambas partes debían probar los hechos en los que sustentaron sus argumentos, de lo que emerge que la AFP no acreditó la diligencia en el acatamiento del deber de información a la afiliada, como quiera que no aportó ningún elemento de prueba a fin de acreditar el cumplimiento de las obligaciones que como administradora de pensiones le competían, en el entendido que ni siquiera allegó al expediente el formulario de afiliación suscrito por el promotor de la acción, pero en todo caso, ha de resaltarse que la misma Corte Constitucional en el referida sentencia de unificación, ha reconocido que éste resulta insuficiente para tener por demostrado el cumplimiento de la obligación de información por parte de las AFP del RAIS.

De otro lado, la Sala confirmará la decisión en lo referente a la orden impartida a la AFP de RAIS de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados al RPMPD, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

Frente a la devolución de los gastos de administración, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, entre otras, en las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, tiene adoctrinado que:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación consideró que en esta clase de asuntos era improcedente ordenar el traslado de rubros distintos al capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de solidaridad pensional, bajo tres argumentos a saber:

(i) *Que esa Corporación ha expresado frente a los mismos gastos 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 EPS.”*

(ii) *Que nunca el valor que la AFP traslada a COLPENSIONES por razón de la declaratoria de la ineficacia de un traslado (así 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 RPMPD, ya que dicho régimen tendrá que financiar el subsidio a pensiones con altos ingresos en su base de cotización.*

(iii) *Que se trata de situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.*

Vistas las dos posturas jurisprudenciales en comento, a juicio de esta Colegiatura, analizados los argumentos esgrimidos por la Honorable Corte Constitucional para sustentar su tesis sobre la improcedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración y demás rubros descontados del aporte en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional contrarían el principio sostenibilidad financiera; primero, porque si bien no se desconoce que con tales conceptos se financie completamente la eventual pensión que debe reconocerse en el RPMPD, como quiera que en todas las pensiones que otorga el fondo público de pensiones tendrán financiación, en parte por el erario, siendo mayor el subsidio en las pensiones más altas, lo cierto es que el traslado de los mencionados conceptos sí tienen una real e

indiscutible incidencia en la proporción, aunque sea mínima, del aporte que debe realizar la Nación para garantizar el pago de la mesada pensional.

Adicionalmente, la tesis que de vieja data viene sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no implica desconocer el derecho de las entidades que integran en SGSSI de cobrar los gastos de administración, sino que, en los casos donde la afiliación se ha realizado sin el cumplimiento de todos los requisitos legales y constitucionales, no hay razón para considerar que ese derecho nació a la vida jurídica, en tanto ello sería convalidar que una persona se beneficie de su propia culpa, lo iría en contravía del principio «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», el cual ha sido desarrollado por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-122 de 2017, en el entendido que nadie puede beneficiarse de su propia conducta indebida o negligente. En otras palabras, un individuo no puede excusarse ni buscar ventajas legales al basarse en su propio dolo. Este fundamento legal garantiza que la justicia no se vea comprometida por maniobras que intenten plantear el propio comportamiento culpable para obtener algún beneficio o para eludir responsabilidades.

Aunado a lo anterior, con la orden de devolver tales rubros no se están dejando sin efectos situaciones ya consolidadas, pues precisamente por esa razón es que se hace la claridad a la AFP debe reintegrar esos valores al RPMPD con cargo a su propio patrimonio, sin afectar relaciones contractuales o terceros como sería el caso de las aseguradoras con las que se contrató el seguro previsional para los riesgos de invalidez y muerte.

Asimismo, debemos recordar que es un deber asegurar la eficiencia, sostenibilidad y existencia de los regímenes pensionales, principalmente para lograr tener los recursos necesarios para poder prestar, reconocer y pagar las diferentes prestaciones a cargo del sistema, incluidas las del RPMPD, el cual se verá seriamente afectado si no recibe todos y cada uno de los rubros que ingresaron al RAIS, ya que no se trata de un traslado entre regímenes pensionales cuyo límite está impuesto por el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sino que se trata de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado.

Lo sostenido por la Corte Constitucional incluso contradice lo que en la misma Sentencia SU107-2024 en tanto señala que:

“...la sostenibilidad financiera del sistema pensional permite reducir la presión que este genera en el presupuesto público, de forma que los recursos públicos sean dirigidos bien a la ampliación de la cobertura del sistema (por ejemplo, mediante el aumento de los beneficiarios o de la cuantía de las pensiones no contributivas) o bien a la satisfacción de otros derechos fundamentales de la población. Así, la racionalización del gasto público de pensiones se presenta como una herramienta para asegurar que el gasto público satisfaga de forma más eficiente los fines que para él ha previsto la Constitución. De este modo, la sostenibilidad financiera del sistema pensional está íntimamente ligada con el principio de sostenibilidad fiscal, entendida como un manejo de las finanzas públicas en el que se limite el déficit fiscal para que la deuda pública no crezca más allá de la capacidad de pago del país.”

Y es que, si lo que se pretende es reducir el impacto que frente al erario tiene la sostenibilidad del régimen público de pensiones, no resulta lógico limitar los recursos que recibe el RPMPD en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional, entre otras, porque no debemos perder de vista que es la AFP privada la que faltó a su deber legal de informar.

También debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, nada tiene que ver con que el ahorro pensional de la promotora de la acción haya generado unos rendimientos, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Por los anteriores motivos, la Sala Mayoritaria se aparta del criterio expuesto por la Corte Constitucional y mantendrá la línea jurisprudencial emanada de la Corporación de cierre en materia laboral, hasta tanto esta emita un pronunciamiento frente a la SU107-2024.

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual

aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en cuanto que por faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del

30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

En lo que respecta a la condena en costas que es objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, encuentra la Sala Mayoritaria correcta la decisión de la *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del CGP que señala en su numeral uno *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, siendo una de ellas la administradora del RPMPD, como quiera que los argumentos presentados para oponerse al traslado de régimen no salieron avante, como tampoco las excepciones de fondo que presentó para impedir la prosperidad de las pretensiones. Además, se debe recordar que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron todas las demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, por no haber prosperado sus recursos de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para la primera, y la suma de \$100.000 para la segunda.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 209 del 6 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito

de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que la afiliación válida al SGSSP del señor **HELCIAS HERRERA CUERO** es la realizada al RPMPD actualmente administrado por **COLPENSIONES**, por haberse realizado el traslado al RAIS antes del término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para la primera, y la suma de \$100.000 para la segunda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

Firma electrónica
MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de
COLPENSIONES.

Firma electrónica
FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Firma electrónica
CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Salvamento Parcial de Voto

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL FRENTE A LA IMPOSICIÓN DE
COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES EN LOS CASOS DE INEFICACIA
DE TRASLADO.**

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones,

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado(a) a el(los) fondo(s) privado(s).

Es menester recordar que, conforme a la pacífica jurisprudencia sobre los efectos prácticos que siguen a la declaración de ineficacia del traslado, es la vuelta al *status quo ante* de la migración de régimen pensional, con efectos *ex tunc*, esto es, desde siempre, como si el acto jamás hubiese existido (CSJ SL SL5292-2021, SL2693-2022.)

Siguiendo este hilo conductor, realmente, **a COLPENSIONES se le impone recibir a esas personas de nuevo en el RPMD, por tanto, ni siquiera ha sido estrictamente vencida en juicio, al declararse la INEFICACIA de la afiliación al RAIS se retrotraen las cosas a su estado anterior, y ello tiene la consecuencia de devolver esos afiliados al RPM, es más una imposición, resultado de retrotraer las cosas al estado original, que una condena.**

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen a la parte hoy demandante, no podía retenerlo(a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición de costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**".* (Resaltado ex texto original).

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas,

constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en precedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlos contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

Firma electrónica
MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En mi calidad de magistrada integrante de la Sala Quinta de Decisión Laboral, me permito apartarme parcialmente de la presente sentencia por los motivos que expongo a continuación. Si bien estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que declara la ineficacia del traslado del afiliado por haberse surtido sin el tiempo mínimo de permanencia en el RPM, no comparto la imposición en segunda instancia del traslado a COLPENSIONES de la comisión de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las primas del seguro previsional.

Lo anterior, en virtud del precedente constitucional y su carácter vinculante establecido en la reciente sentencia de unificación SU-107 de 2024 de la Corte Constitucional, en la que se precisa:

"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" (CC SU-107 de 2024, párr. 303).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las sentencias de unificación tienen un carácter obligatorio y vinculante, lo cual implica que deben ser acatadas en su integridad para garantizar la seguridad

jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico (Sentencia CCSU611-2017).

A raíz del reciente pronunciamiento, la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS no puede tener efectos retroactivos absolutos que desconozcan la realidad del servicio fiduciario de la gestión de los aportes pensionales y los riesgos asumidos por la AFP durante la permanencia del afiliado en dicho régimen. Las comisiones de administración remuneraron la gestión de los recursos que a su vez generaron rendimientos, el seguro previsional cubrió las eventuales contingencias de invalidez y sobrevivencia durante la permanencia del afiliado en ese régimen, y los aportes al fondo de garantía respaldaron el pago de pensiones mínimas en virtud del principio de solidaridad de ese régimen. Estos conceptos no pueden ser simplemente anulados como si nunca hubieran existido, pues ello desconocería el principio de buena fe y confianza legítima que debe regir las relaciones entre los particulares y las entidades que prestan el servicio público de seguridad social.

En términos de la Sala Laboral de la CSJ (SL 373-2021) y extrapolando las conclusiones de la providencia a la línea de ineficacia del traslado del afiliado, estos conceptos implican una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, que no es razonable revertir o retrotraer. Hacerlo, implica desconocer la labor de administración de los recursos que realizó la AFP sin mayor argumento, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, que en últimas no afecta la razón principal que es la prestación del afiliado.

Adicionalmente, ordenar el traslado de estos rubros a COLPENSIONES generaría un desequilibrio financiero en el Sistema General de Pensiones, pues se estaría trasladando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) unos recursos que no fueron previstos ni presupuestados para su funcionamiento. En conclusión, aunque apoyo la declaración de ineficacia del traslado de los afiliados debido a la ausencia de información adecuada por parte de las AFP, no comparto la orden de devolución de los recursos mencionados, en virtud de la línea establecida por la corte constitucional en la CCSU 107-2024.

En estos términos, dejo consignado mi salvamento parcial de voto respecto de la sentencia proferida por la sala.

Firma electrónica
CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada

Firmado Por:

Maria Isabel Arango Secker

Magistrada

Sala 013 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Fabian Marcelo Chavez Niño

Magistrado

Sala 014 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Carolina Montoya Londoño

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta
con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto
reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**5600663737e27f5894f9bdbffcbdaa7e92b3d9911b46e1b96ba
ee089ab3748c7**

Documento generado en 11/12/2024 02:54:14 PM

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

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