República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CESAR ORLANDO CARDONA WALTEROS** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**

Llamados en garantías: **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

EXP. 76001-31-05-002-2022-00454-01

Santiago de Cali, once (11) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última en contra de la sentencia n° 383 del 13 de septiembre de 2024, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, por lo que se dicta la siguiente:

SENTENCIA n° 364

I. ANTECEDENTES

El señor **Cesar Orlando Cardona** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **Colpensiones, Porvenir S.A.** y **Colfondos S.A.,** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que, por virtud de lo anterior, se ordene a **Porvenir S.A.** y **Colfondos S.A.,** trasladar a **Colpensiones** todos los aportes, cuotas de administración y rendimientos que posea. **3)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visibles en Archivo 03, 04 y 06 ED, así como en las contestaciones Archivo 10 ED (Colpensiones), Archivo 20 ED (Porvenir S.A.) y Archivo 12 ED (Colfondos S.A.), Archivo 17 ED (AXA Colpatria), Archivo 19 ED (Allianz S.A.), Archivo 18 ED (Seguros Bolívar) y Archivo 14 ED (Mapfre S.A.)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n° 383 del 13 de septiembre de 2024, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por **COLPENSIONES** y que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, LA INNOMINADA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES"*, las formuladas por **COLFONDOS S.A:** *"VALIDEZ DE AFILIACIÓN A COLFONDOS S.A., BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA, NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS, COMPENSACIÓN e INNOMINADA O GENÉRICA" y* las formuladas por **PORVENIR S.A.,** y que denominó: *"DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS AFP – NO HAY RETROACTIVIDAD EN LA NORMA PARA EXIGIR OBLIGACIONES NO EXISTENTES EN EL MOMENTO DEL TRASLADO, EFECTOS DE LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO, RESTITUCIONES MUTUAS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA SI NO SE DAN LAS RESTITUCIONES MUTUAS, IMPROCEDENCIA DE DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL, BUENA FE, AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO, ACEPTACIÓN TÁCITA DE LAS CONDICIONES DEL RAIS Y PRESCRIPCIÓN"*.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor **CESAR ORLANDO CARDONA WALTEROS** con la **AFP COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.,** 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. **SL2237-2024** veintiuno (21) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES,** aceptar el regreso del señor **CESAR ORLANDO CARDONA WALTEROS** al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.

CUARTO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A.,** una vez ejecutoriada esta providencia, proceda a reintegrar a Colpensiones dentro de los 30 días, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, sumas adicionales con intereses, los bonos pensionales, y lo recaudado por comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos durante el tiempo en que **CESAR ORLANDO CARDONA WALTEROS** permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Al momento de cumplirse esta orden, aquellos conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De cara sentencia SL1932 de 2024.

QUINTO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.,** a devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP, con cargo a su propio patrimonio.

SEXTO: 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 **CESAR ORLANDO CARDONA WALTEROS** y a activar su afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, de igual manera, proceda a realizar la validación, trascripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES INVOCADAS POR ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., frente al llamamiento y que denominó: *"INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL AL ESTAR DEBIDAMENTE DEVENGADA EN RAZÓN DEL RIESGO ASUMIDO, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. POR CUANTO LA PRIMA DEBE PAGARSE CON LOS RECURSO PROPIOS DE LA AFP CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO, LA INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO NO CONLLEVA LA INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL, LA EVENTUAL DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO NO PUEDE AFECTAR A TERCEROS DE BUENA FE, FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO PREVISIONAL No. 0209000001, PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL SEGURO, APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL SEGURO y COBRO DE LO NO DEBIDO"*; las formuladas por el Llamado en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.,** y que denominó: *"IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIÓN DE PRIMA A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE SEGURO, IMPROCEDENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., NO PROCEDE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR FALTA DE COHERENCIA ENTRE EL OBJETO DEL LITIGIO Y LOS RIESGOS ASUMIDOS EN EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA FORMULAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA y EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA"*; las propuestas por el Llamado en garantía **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.,** y que denominó**:** *"FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE DE LA ASEGURADORA, IMPROCEDENCIA DE LA ACCION PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL, MARCO DE LOS AMPAROS Y ALCANCE CONTRACTUAL DEL ASEGURADOR, LÍMITES Y CONDICIONES DEL SEGURO y GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS", y* las propuestas por el Llamado en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.,** y que denominó: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA FORMULAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA, INEXISTENCIA DE COBERTURA, EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA SE TORNA IMPROCEDENTE AL CONTRARIAR EL PRINCIPIO DE ASUNCIÓN DE RIESGOS VS EL OBJETO DEL LITIGIO, ESTANDO LA PRIMA DEVENGADA EN LOS CONTRATOS QUE EXISTIERON, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE A CARGO DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE DEVOLUCIÓN DE PRIMA A CARGO DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., POR TERMINACION DE VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO y EXCEPCIÓN GENÉRICA".*

OCTAVO: ABSOLVER a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas por COLFONDOS S.A., en el escrito de llamamiento en garantía, fíjense un salario mínimo a cargo de Colfondos S.A., y a favor de cada una de las aseguradoras.

NOVENO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. Se fijan como agencias en derecho el valor correspondiente a 1SMLMV a cargo de cada una de las entidades demandadas y a favor del actor. Se exonera de dichas condenas a ALIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

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

Como fundamento de su decisión, manifestó que según las sentencias SL2109 y SL0689 de 2024, de la Corte Suprema de Justicia, señaló los deberes que tienen los fondos de pensiones de suministrar a sus afiliados la información necesaria, completa,

precisa y comparada desde el proceso de afiliación hasta la obtención del reconocimiento de pensión, dando una ilustración al afiliado, de condiciones accesos, ventajas y desventajas.

Respecto de la SU 107 de 2024, señaló que se debe tener en cuenta, la carga de la prueba entre otros aspectos, pero que la constitución y la norma, no permite imponer cargas probatorias imposibles para ninguna de las partes, y por ellos no se puede despojar al juez de su autonomía, para practicar las pruebas que considere necesarias. Pero que ellos no despojan a las AFP de demostrar la debida y suficiente información, que debieron haber brindado; así el juez debe tener en cuenta las documentales aportadas, los interrogatorios, los formularios y el material que reposa en los expedientes.

Advirtió que, el consentimiento expuesto al momento de la suscripción del formulario no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, correspondiéndole siempre al fondo privado el haber cumplido con tal carga.

Afirmó que, de los medios de prueba arrimados dentro del proceso, no se aportó alguna tendiente a demostrar la clase de asesoría que se le brindó al afiliado al momento de tomar tal decisión, exponiéndosele, la información calificada, adecuada, suficiente y clara, sobre los características y condiciones de su traslado al RAIS desde el RPMD, como tampoco existió una proyección de la mesada pensional en cada uno de los regímenes.

De los llamamientos en garantías, señaló que, para el caso de ineficacias, no tiene cobertura, pues el único beneficiario de las pólizas sería el actor en su calidad de afiliado, por lo que no es procedente el llamamiento en garantías formulado. Además, que la

condena solo se fundamente en causales imputables a la AFP, por faltas de esta.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, advirtiendo que el traslado goza de plena validez pues, se realizó de forma libre y voluntaria, de conformidad con la ley, además que los actores tuvieron tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, esto teniendo en cuenta que no existió ningún tipo de queja o solicitud a los fondos privados, y que el desconociendo de la Ley o la norma no excusa para no haber actuado.

Dijo que, al momento de hacer el traslado a las AFP del RAIS no se logró probar de manera eficaz que, el asesor hizo a los actores incurrir en algún tipo de vicio, o causal de nulidad, pues el deseo del traslado se basó en la posibilidad de únicamente obtener una pensión más alta, por lo que no se evidenció vicio para decretar la nulidad del traslado.

PORVENIR S.A., presentó oposición, sustentando que, de conformidad con el acervo probatorio se puede evidenciar que el actor suscribió el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que no resulta procedente la declaratoria de la ineficacia, con el traslado de los rubros indexados y la condena en costas; lo anterior de acuerdo a la SU 107 de 2024, señalando que se debe tener en cuenta lo plasmado en la Constitución Política y los códigos de la materia, indicando que los jueces deben valorar en debida forma la totalidad de las pruebas practicadas o decretadas, que le permitan determinar el grado de convicción sobre los hecho ocurridos y el

conocimiento del afilado sobre las consecuencias del traslado, por lo que desconocer el formulario de afiliación es actuar en contra de las normas.

Dijo que, la entidad solo estaría obligada a devolver la totalidad de los rendimientos administrados por ella; y que en caso ordenarlos se debe autorizar a la AFP a descontar los gastos que se usaron a favor del afiliado, para poder generar esos rendimientos que benefician únicamente al actor, y que hacer estas devoluciones constituye un enriquecimiento sin justa causa, creando desequilibrio para una de las partes del proceso.

Dijo que, resulta jurídicamente inviable ordenar la devolución de los gastos de administración, pues el legislador reconoció dicho rubro, como una vía para poder prestar las garantías durante el tiempo de la vinculación; que igualmente frente a las primas de seguros previsionales, son valores que no se encuentran el cabeza de la AFP; además que no había lugar a la indexación pues lo gastos no generaron perdidas del poder adquisitivo, si no un incremento en el saldo de la cuenta individual del actor.

Por último, afirmó que no había lugar a la condena en costas, pues la entidad no podía evitar negar el traslado, teniendo en cuenta que iba en contra de la ley, por estar dentro de la prohibición normativa.

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia, y la condena en costas, pues la entidad afirmó que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria, de acuerdo a las exigencias para la fecha del traslado, por lo que no se puede probar

un vicio en el consentimiento. Además, que brindó la información suficiente para el traslado; que el afiliado se encontraba dentro de la prohibición normativa por entrarse a meros de 10 años para adquirir su derecho de pensión.

Expresó respecto a las costas que, no proceden pues para la fecha no existía la obligación de brindar información adicional, de rendimientos o seguros, y que además el demandante realizó el traslado de forma voluntaria, mandante que busca preservar la estabilidad del sistema. También señaló que, para la fecha de la afiliación, no existía una obligación para los fondos de ejercer proyección alguna en el momento de realizar un cambio de régimen; normatividad futura que no podía ser descifrada para la data.

Manifestó que, de la condena a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, va en contra del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, el cual regula los rubros sujetos a traslado. Al igual que dicha condena se aparta de los presupuestos de las SU 107 de 2024, que afirma que estos rubros no son procedentes de traslado. Además, que de la póliza contratada la AFP, solo es una simple intermediaria, y dichos recursos no ingresan al patrimonio por lo tanto no se puede ordenar devolver recursos que no estuvieron en cabeza de la administradora, por lo que debe responder la aseguradora llamada.

Por último, afirmó que, el juez no puede usar el factor económico como un criterio relevante para tomar la decisión.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 634 del 02 de octubre de 2024, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de AXA Colpatria, Seguros Bolívar, Porvenir S.A., Mapfre y Allianz, como se advierte en los archivos 05 a 11 del expediente digital, los cuales son considerados en el contexto de este proveído.

Con lo anterior, se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante al señor Cesar Orlando Cardona, al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no son materia de debate dentro del presente asunto:

i) Que, estando afiliado al ISS hoy Colpensiones en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes al comienzo de su vida laboral, el señor Cesar Orlando Cardona decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Provenir S.A., en febrero del año 1997. (Doc. 12, folio 9, Cuaderno Juzgado

ii) Que, posteriormente el mes de agosto de 1999, se trasladó de manera horizontal a Colfondos S.A. (Doc. 12, folio 9, Cuaderno Juzgado)

iii) Que, el actor radicó petición ante Colpensiones, con el fin que se declarara ineficaz o nulo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; solicitud que fue negada. (Doc. 04, folios 32 a 34, Cuaderno Juzgado)

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal

conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, ha discernido la Corte que no puede alegarse *«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»*[1].

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades 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».*

[1] Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 12136 de 2014.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al señor Cesar Orlando Cardona, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarreaban al adepto no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente

para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas, las reclamaciones administrativas, y el historial laboral de Colfondos S.A. y Colpensiones, nada se indicó respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este caso la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el señor Cesar Orlando Cardona, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***«(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)»***.[2] (Negrilla y Subraya fuera de texto).

Frente a lo anterior, por su parte la Corte Constitucional a través de SU 107 de 2024, dispuso que:

[2] Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

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

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

> *(i)Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que*

se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.

(ii) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones. En ese propósito, el juez debe procurar la obtención de todas las pruebas que requiera, acudiendo a las enlistadas en el artículo 161 del Código General del Proceso: "(…) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes", y a las demás que considere necesarias. De hecho, el artículo 51 del CPTSS dispone que en el proceso laboral "[s]on admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley". Estas pruebas pueden ser solicitadas o aportadas por las partes, o pueden ser requeridas de manera oficiosa. La práctica de estas pruebas es importante si se asume que el objeto del proceso ordinario laboral es reconstruir los hechos ocurridos en el pasado para, en caso de comprobarse, acceder a las pretensiones o negarlas. La prueba, en tal sentido, tiene el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido.

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

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

(v) Ahora, si se asume que, en este tipo de procesos, como se ha dicho, es muy complejo acudir a pruebas directas (v. gr. los documentos), a partir de las cuales pueda sostenerse -más allá de toda duda- que la información realmente se entregó, corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios. En efecto, en los interrogatorios las partes y el juez pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.

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

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

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

(viii) Finalmente, el juez también podría, excepcionalmente, invertir la carga de la prueba, más no como único recurso. La inversión de la carga de la prueba no puede ser una regla de obligatorio uso en este tipo de procesos (como lo ordena la Corte Suprema de Justicia), pero, al mismo tiempo, tampoco puede ser prohibida. En efecto, no se debe usar esa posibilidad cuando con las pruebas debidamente aportadas, decretadas, practicadas y valoradas se logra demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la demanda. Pero puede suceder que, en casos excepcionales, el juez esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de probar los hechos que le sirven de causa a sus pretensiones o en un proceso en el cual a pesar de los esfuerzos de las partes y de la facultad oficiosa desplegada por el juez no sea posible desentrañar por completo la verdad (…)

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

Y aunque, para la Corte Constitucional, se debe usar dicha inversión de la carga como un mecanismo alterno, en caso de no encontrar material probatorio suficiente que sea claro para determinar la eficiencia del traslado. Para la Sala de Casación Laboral de la CSJ, aunque establece que es menester de la AFP correr con la carga probatoria, con respecto a la información brindada con ocasión

del traslado, no por esto deja de estudiar de fondo, o resta importancia al material de prueba que se aporta por las partes al expediente, durante el trámite de la demanda, son posiciones que se complementan.

De ahí que no puede pretenderse que el señor Cesar Orlando Cardona, sea quien acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Ahora, del interrogatorio de parte realizado al demandante, manifiesta que, al momento de realizar el traslado, la empresa tiene para los trabajadores de planta unos representante, y que para la fecha del hecho, los fondos se reunieron con la parte administrativa, y que a los empleados solo les indicaron que debían firmar unos documentos y no más, y que en caso de oponerse debían salir de la empresa, sin recibir información alguna extra, no tuvo asesoría alguna sobre la afiliación, y que después de presentar al demanda es que el comenzaron a llegar los extractos de su cuenta; que al cumplir

la edad de pensión tenía plena certeza de estar afiliado a Colpensiones, pero que al acercarse fue que se dio cuenta que sus ahorros se encontraban en Colfondos S.A., sin recordar en qué momento firmó traslado alguno de cambio de régimen; que solicita el retorno, toda vez que el momento de obtener la pensión, por parte de Colfondos S.A., solo alcanza el valor de un mínimo, situación que es diferente en el RPM, teniendo en cuenta que ha realizado cotizaciones sobre un valor más alto.

Resáltese que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia, y en las condiciones explicadas.

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, con el fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, cuando el afiliado se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar la deficiencia de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., entidades con las cuales se materializaron los traslados, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del

derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado.

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

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de

Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones[3].

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., pues pese a que el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y a que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contempla el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de las AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz¸ y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras

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

cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

Y aunque lo expuesto frente a dichos gastos, no se acompasa con lo mencionado en la sentencia SU 107 de 2024, esta Sala mayoritaria mantiene su posición, toda vez que, de acuerdo con la declaratoria de la ineficacia, se determina que el afiliado nunca perteneció al RAIS, entonces los valores de dichos gastos, los cuales se causaron con base en sus propias cotizaciones, generarían afectaciones si no se ordena su devolución, carga con la que no debe correr el demandante, si no quien dio origen a la situación, teniendo en cuenta lo definido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratados por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio.[4]

En cuanto a la oposición de la condena en costas presentada por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., considera la Sala que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del Proceso, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las

[4] Corte Suprema de Justicia, sentencias SL1421 y SL1688 de 2019, y SL638 de 2020.

pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito, por lo que la misma de debe confirmar.

De la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali. Condenando en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., por no haber prosperado los recursos propuestos, tasadas en la suma de un (1) SMMLV, para cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n° 383 del 13 de septiembre de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

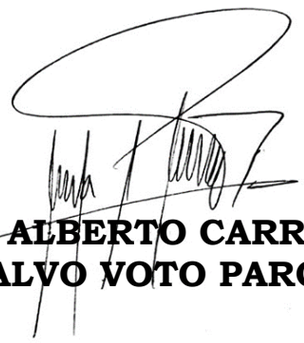
SEGUNDO: CONDENAR en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. por no haber prosperado el recurso propuesto, tasadas en la suma de un (1) SMMLV, para cada una.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
SALVO VOTO PARCIAL



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA.
SALVO VOTO PARCIAL

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto de la decisión en lo que corresponde a la orden de trasladar los rubros correspondientes a gastos de administración y seguros previsionales. En reciente decisión, esto es, en sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional estableció unas subreglas frente a los casos de ineficacia de traslado. Una de ellas, la improcedencia de la orden, que se ha venido emitiendo en estos casos a las AFP del RAIS, de reintegrar el valor recibido por gastos de administración, incluidos seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Se analizó el punto en los siguientes términos:

> "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**.[5]
>
> 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

[5] 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.

administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. …

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 EPS."*[6]…

Por su parte, en la Sentencia C-687 de 2017 la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad de un ciudadano que alegaba que la imposición de la contribución para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima -FGPM- desconocía el derecho a la seguridad por cuanto dicha financiación no era retribuida al afiliado constituyendo una especie de enriquecimiento sin causa. Pese a que la Corte se declaró inhibida, dentro de las razones esgrimidas se destaca que la cotización en el RAIS no solo tiene por destino nutrir la cuenta de ahorro individual sino también nutrir un componente de solidaridad. Incluso, en las pruebas recaudadas se constató que con los recursos del FGPM *"han sido reconocidas 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima."*[7]

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.[8]

---

[6] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.
[7] *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2017.
[8] De hecho, la propia Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha advertido que si bien la regla general es que cuando se declara la ineficacia de un negocio jurídico lo que corresponde es "*retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre*)" (*Cfr*., Sentencia SC4654-2019, donde se citó la Sentencia SC3201 del 9 de agosto de 2018), ello no debe ocurrir así siempre. En algunas ocasiones, no es posible realizar dicha restitución. En la providencia en cita se afirmó que "*[c]omo el vicio invalidante se produce en el origen o conformación del negocio, es natural que la invalidez se retrotraiga a ese instante, desapareciendo todos los efectos que pudo haber producido desde entonces. Esta retroactividad se da en las relaciones de los contratantes entre sí, o bien respecto de terceros, siempre que hayan sido parte en el proceso. // Entre las excepciones está lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o*

…

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.

…

Reglas de decisión

Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la *nulidad* y a la *ineficacia* del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos (supra 220 y ss). Y**, (iii) en los casos en los que se declare la**

compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política)" (Ibid.). Por las razones expuestas en esta providencia, se advierte que la restitución que dispone la Corte Suprema de Justicia es sumamente compleja. Al tiempo, no podría ordenarse, por ejemplo, a las aseguradoras que han recibido la prima con el objeto de cubrir pensiones de invalidez o de sobrevivientes, restituir esos dineros. Esto último porque en la inmensa mayoría de casos, aquellas no han hecho parte del proceso judicial que declara la *ineficacia* del traslado y, por tanto, dicha declaratoria les es inoponible.

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).

…

En suma, las partes deben aportar al proceso todas las pruebas que estén a su alcance y que siendo necesarias, pertinentes y conducentes para la resolución del litigio el juez debe decretar y practicar, al tiempo que el juez debe hacer uso de sus poderes o facultades oficiosas en materia probatoria para lograr desentrañar la verdad de lo ocurrido. En ese contexto, la inversión de la carga de la prueba puede ser excepcionalmente una opción de la que puede hacer uso el juez, pero no la única herramienta probatoria para desentrañar los hechos ocurridos y con ellos la verdad que le permitan luego de su valoración conforme a las reglas de la sana crítica resolver los casos sometidos a su escrutinio y decisión. En otras palabras, tanto las partes como el juez deben contribuir a la reconstrucción de los hechos, haciendo uso de las herramientas que conforme a las reglas constitucionales del debido proceso ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP. En criterio de esta Corte, esta regla supone que, en ningún caso, se podrá 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, y para valorarlas al momento de analizar y resolver las pretensiones o las excepciones propuestas. En efecto, luego de haber recabado todos los medios de prueba que considere útiles, pertinentes, necesarios y conducentes, el juez debe conforme a las reglas de la sana crítica, proceder a valorarlos con el objeto de resolver los casos donde se discuta la ineficacia de traslados hechos del RPM al RAIS." (negrillas propias)

Ahora, en su parte resolutiva, de manera expresa se decidió:

"**OCTAVO.- EXTENDER**, con efectos *inter pares* y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión,

principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. "

Sobre los efectos inter pares sostuvo:

"En pocas palabras, por medio de la figura de los efectos *inter pares,* aplicado recientemente en la Sentencia SU-543 de 2023, esta Corte pretende materializar el principio de la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual, "[t]*odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*".[9] En efecto, si un número importante de personas se encuentra en una situación equiparable, no habría razón para tratarlas de manera diversa ya sea en sede de la justicia ordinaria, o en sede de tutela. Ello con independencia de que esas personas hubiere, o no, hecho parte de una determinada acción de tutela.

En esta causa, se advierte que gran parte de los accionantes consideraron desconocidos sus derechos fundamentales porque, en su interpretación, diversas autoridades judiciales del país se apartaron del precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la *ineficacia* de los traslados entre regímenes. Adicionalmente, la situación particular de los accionantes, de acuerdo con lo recabado con las pruebas decretadas en el marco del presente proceso, es similar a la de aquellos que, a pesar de no ser parte de este trámite, pretenden que se declare la *ineficacia* de un traslado. Por lo tanto, resulta pertinente indicar que los efectos de la presente sentencia de unificación serán *inter pares*.

c. Reglas de unificación a aplicar con efectos inter pares

Como se pudo comprobar en la audiencia pública y en el recaudo de pruebas, actualmente existe un alto número de litigios en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en los cuales se solicita la declaratoria de la *ineficacia* de traslados. Igualmente, puede que con posterioridad a la notificación de esta providencia se inicien nuevos procesos judiciales

[9] Constitución Política. Artículo 13 -inciso 1-.

> con características similares. Por ello, la Corte señalará en la parte resolutiva de esta sentencia, las precisiones sobre el alcance del precedente (supra 327) y las directrices probatorias (supra 328 y 329) que habrán de ser aplicadas directamente en los procesos en curso de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así como también en aquellos litigios que se susciten ante los jueces de tutela."

Conforme a la manifestación expresa en la parte resolutiva de la citada sentencia, sobre los efectos inter pares de las reglas de decisión allí contenidas, y con apego a los derechos de igualdad, debido proceso y aplicación del precedente judicial, para el suscrito magistrado no resultaba procedente ordenar el reconocimiento de estos conceptos, por lo que debió revocarse esta orden frente a las AFP del RAIS que apelaron.

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

Magistrado Ponente:
Yuli Mabel Sánchez Quintero

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia, lo que se hace por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

3.Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico[1]. "De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando"[2].

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el a-quo, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin[3]. En efecto, ese grado jurisdiccional "es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P"[4].

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia[5]. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo[6], norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que "propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial"[7].

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021[8]**:

“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Recurso Extraordinario de Casación

Radicación n.º 87999

Acta 25

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A**. y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice,* que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones *«en lo no apelado»*.

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia *«**serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas**»,* y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: *«Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación**»,* (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a

cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado"**

IN

[2]Ibídem.

[3]Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[4]Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

[5]Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[6] Artículo 62. diversas clases de recursos. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

[7]Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

El Magistrado,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA