



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Marcela Giraldo Samper
Accionados	Colfondos S.A. y Colpensiones
Vinculada	Allianz Seguros de Vida S.A.
Radicado	76001310500620230022701

Sentencia N°. 304

Santiago de Cali, seis (06) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral procede a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación que presentaron las partes contra la sentencia No. 231 proferida el 02 de octubre del 2024 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali en el proceso ordinario promovido por **MARCELA GIRALDO SAMPER** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, trámite al cual fue vinculada **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

I. ANTECEDENTES

La parte demandante pretendió que se declare la ineficacia del traslado realizado del RPMPD (Régimen de Prima Media con Prestación Definida),

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 *ibidem*, que modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

administrado por Colpensiones, al RAIS (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), administrado por la AFP (Administradora de Fondos de Pensiones) Colfondos S.A. En consecuencia, solicitó que se declare la continuidad de la afiliada al RPMPD y que se condene a su AFP a devolver a Colpensiones los aportes realizados a su nombre. Igualmente, que se le ordene a la AFP la devolución de aportes voluntarios y de bonos pensiones; también, que se le ordene a Colpensiones la corrección de su historia laboral. Finalmente, exigió las costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 19 de junio de 1952, inició su vida laboral el 1 de febrero de 1971, se afilió al RPM a través de la Caja Nacional de Previsión y del ISS (Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones), cotizó allí 714 semanas y se trasladó a Colfondos S.A. en agosto de 1999. Por tanto, actualmente tiene 644 semanas en el RAIS y, en total, 1358 semanas cotizadas en el sistema de seguridad social en pensiones.

Sin embargo, acusó que en este último trámite no le brindaron una información clara, completa y precisa sobre sus consecuencias. Acusó que eso redundaba en que obtendrá una mesada pensional inferior en el RAIS en comparación con la que se le daría en el RPMPD, sin la debida ilustración al respecto por parte de la AFP accionada. Por tanto, presentó reclamaciones ante Colpensiones y Colfondos S.A. para volver al RPMPD y las entidades negaron su solicitud.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones aceptó la edad, la afiliación, el traslado de régimen, la solicitud de retorno al RPMPD y su respuesta negativa. Precisó que la actora tiene solo 615 semanas en el RPMPD, 644 en el RAIS y, en total, 1259 semanas en el sistema de pensiones. Igualmente, señaló que no tuvo inferencia alguna en el traslado de la

actora al RAIS. Indicó que no le constan los demás hechos planteados en la demanda. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe.

El Juzgado emitió el auto 255 del 28 de febrero del 2024 y tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos S.A. Después, el Despacho profirió el auto 1340 del 20 de agosto del 2024 y vinculó a la litis a Allianz Seguros de Vida S.A.

Allianz Seguros de Vida S.A. señaló que no le constan los hechos de la demanda principal, se opuso a las pretensiones en lo que concierne a su entidad y presentó las excepciones de: falta de legitimación en la causa, indebida vinculación como litisconsorte necesario, agencias en derecho a favor de Allianz, inexistencia de la obligación al estar debidamente devengada la prima de seguro, inexistencia de la obligación por el deber de la AFP de restituir la prima, inexistencia de responsabilidad de la AFP, ineficacia del traslado no lleva a la invalidez del contrato de seguro, la ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro, cobro de lo no debido, afiliación libre al RAIS, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver seguro previsional, prescripción y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, Valle emitió la sentencia de primera instancia No. 139 del 06 de septiembre del 2024 y ordenó:

“Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARCELA GIRALDO SAMPER con C.C.41.544.399 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por COLFONDOS el cual tuvo lugar a partir del 1º de septiembre de 1999.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la Afiliada.

Tercero. - ORDENAR a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y el bono pensional si se ha pagado el valor de este.

Cuarto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la Actora. Y a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Quinto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas y DAR PROSPERIDAD a la excepción de falta de legitimación en la causa e inexistencia de obligación propuesta por ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

Sexto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a COLFONDOS a pagar el equivalente a UN SMLMV a favor de la Demandante y a favor de la Integrada al Proceso a título de AGENCIAS EN DERECHO”.

En síntesis, el despacho de primera instancia consideró que había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS. Argumentó que la AFP incumplió con su deber de asesorar e informar efectivamente a la demandante en la realización del trámite, establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Precisó que a esta demandada le correspondía demostrar su gestión y que para ello no era suficiente el formulario de afiliación. Sin embargo, al no encontrar demostrada actividad alguna en tal sentido, estimó pertinente ordenarle al Fondo Privado que transfiriera al RPMPD todo el ahorro individual realizado por la actora, incluyendo bonos pensionales, conforme a la sentencia CC C-107-2024. Con base en esta última providencia, también encontró improcedente ordenar la devolución de los gastos de administración o del porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima.

También absolvió a Allianz Seguros de Vida S.A. porque consideró que el seguro previsional se contrató para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sin que

ninguno de estos se haya concretado por la mera ineficacia de la afiliación. Finalmente, expuso que la afiliación está íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la seguridad social. Por ello, precisó que las garantías que se desprenden de esta actividad son imprescriptibles.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colfondos S.A. apeló la sentencia porque consideró que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria al RAIS. Por tanto, su entidad cumplió con el deber de información, teniendo en cuenta los datos suscritos por la actora en el formulario de vinculación. En ese sentido, señaló que la afiliada debió cumplir con su deber en la debida diligencia para ilustrarse sobre sus prestaciones económicas y que actualmente se encuentra inhabilitada para retornar al RPMPD por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Asimismo, precisó que al momento del traslado de la actora al RAIS no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales, por lo que la cuantía de la mesada no debe ser un criterio para la declaratoria de la ineficacia.

La demandante recurrió el fallo y alegó que la *a quo* también debió ordenar a Colpensiones que corrija y actualice su historia laboral cuando se haga efectivo el retorno al RPMPD, en lo referente a los rezagos y gastos de administración.

Finalmente, Colpensiones cuestionó la decisión y señaló que el Juzgado debió especificar el pago de los emolumentos específicos de los valores presentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, el retorno de los gastos de administración, las sumas por seguros previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; así como la información completa sobre el historial laboral.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta Corporación emitió el auto 983 del 29 de octubre del 2024, admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones sugirió que en el evento de que el juzgador considere declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues, hay lugar a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Provisionales y gastos de administración, acorde a los respectivos periodos de vinculación con la AFP en la cual estuvo afiliado.

Colfondos S.A. solicitó respetuosamente que no se tenga en cuenta las pretensiones de la demanda y que se revoque el fallo de primera instancia.

Marcela Giraldo Samper reiteró los hechos y pretensiones de la demanda, por su parte solicitó respetuosamente al Honorable Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia.

Allianz Seguros De Vida S.A. solicitó respetuosamente a la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirma la sentencia de primera instancia.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

A esta Corporación le compete resolver en segunda instancia sobre las materias que fueron apeladas, en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. En lo no apelado, procede el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007. Así, dicha revisión debe surtirse obligatoriamente porque la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que la Nación es garante.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que:

- La demandante nació el 13 de febrero de 1952, conforme su documento de identidad en el folio 35 del archivo 01; C-1.
- La actora estuvo afiliada a Colpensiones desde el 26 de abril de 1978 hasta su traslado a Colfondos S.A., con 313,57 semanas cotizadas.²
- La accionante se trasladó de régimen pensional a Colfondos S.A. el 8 de julio de 1999, con fecha de efectividad del 1 de septiembre del mismo año.³
- La actora presentó derecho de petición ante Colpensiones el 19 de mayo del 2023, para que se anulara el traslado al RAIS y se aceptara de nuevo al RPMPD.⁴

² Archivo No. 06, folios 1048 al 1051 del cuaderno de primera instancia del expediente digital.

³ Archivo No. 07, folio 63 del cuaderno de primera instancia del expediente digital.

⁴ Archivo No. 01, folios 152 al 159 del cuaderno de primera instancia del expediente digital.

- Colpensiones negó la solicitud impetrada mediante el comunicado BZ2023_7723001-1415231 del 23 de mayo del 2023.⁵
- La demandante tiene un total de 1.259 semanas cotizadas a julio de 2018, según a la historia laboral emitida por Colfondos S.A.⁶

En este contexto, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si al cambio de régimen le antecedió la debida información e ilustración al afiliado, esto es, si se trató de una vinculación verdaderamente libre, voluntaria e informada y, por tanto, si se reputa eficaz. En caso negativo, la Sala entrará a discernir sobre los efectos de tal omisión.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo, (iv) los efectos de la ineficacia del traslado, (v) los requisitos para causar la pensión de vejez en contraste con el disfrute de la prestación y, finalmente, (vi) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente

⁵ Archivo No. 01, folios 167 al 171 del cuaderno de primera instancia del expediente digital.

⁶ Archivo No. 01, folios 115 al 117 del cuaderno de primera instancia del expediente digital.

informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar a la afiliada y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando la afiliada desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasma en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación ⁷:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes de la afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación a la afiliada acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber

⁷ CSJ SL1452-2019.

recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante prueba en contrario, esto es, que acredite que cumplió esa obligación.

Ello deviene lógico, en tanto que cada parte debe demostrar los hechos en que funda sus pretensiones y excepciones, por ello, al reclamarse la ineficacia como consecuencia de la omisión al deber de información, lo cual constituye una negación indefinida que no requiere prueba (de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso), corresponde a la demandada acreditar su cumplimiento, por ser este el eje central de su defensa y por ser la encargada de documentar el traslado de régimen, dado que son tales entidades las que están obligadas a brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Así pues, la AFP demandada es quien debe probar que dio cabal cumplimiento al deber de información, para lo cual rige el principio de libertad probatoria, de modo que, no son exigibles pruebas solemnes o cargas probatorias de imposible cumplimiento; mucho menos implica que los juzgadores se despojen de sus facultades como directores del proceso para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes o que se anule su facultad de valorarlas conjuntamente. Así, la Sala es partidaria del papel activo del juez como director del proceso en estos asuntos y de que no solo compete a las partes demostrar los hechos en que fundan sus pretensiones y excepciones, sino también a los jueces el deber de valorar en conjunto la totalidad de las pruebas, legal y oportunamente allegadas a juicio, sin imponer trabas de orden formal o limitantes que contravienen el ordenamiento jurídico. Por tanto, en estos asuntos siempre deberá mediar la valoración completa de los medios de prueba adosados, siendo permisibles cualquiera de ellos (documental, confesión, declaración de parte, testimonio, dictamen pericial, inspección

judicial, entre otros) a efectos de acreditar el cumplimiento al deber de información (CC SU-107-2024).

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020). Lo anterior, no significa que dichos formularios carezcan de valor probatorio en estos asuntos, sino todo lo contrario, que a través de ellos se puede observar la existencia de un consenso entre la AFP y la demandante en el traslado, descartándose así la suplantación del afiliado o la falta de voluntad de este. Lo que no es posible constatar a través de tal prueba documental es el tipo de información que suministró la SAFP al momento de su suscripción, es decir, no se logra establecer si efectivamente le antecedió la debida ilustración del caso, si la información fue completa, adecuada, transparente y pertinente para que el hoy demandante adoptara su decisión con los suficientes elementos de juicio.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que

se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Colfondos S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que tal documento por sí solo no permite constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales, si los hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la SAFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Frente a esto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

“Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS”.

Si bien recientemente en sentencia CC SU-107-2024, la Corte Constitucional

subrayó que ante el impacto fiscal negativo y la merma en la sostenibilidad financiera del sistema pensional no es posible retrotraer *materialmente* al afiliado al estado inicial previo a su vinculación al RAIS, ya que los seguros previsionales, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima son descuentos destinados a terceros que no hicieron parte del acto jurídico ineficaz, la Sala estima acertado ordenar la restitución por compensaciones o equivalencias a cargo de las SAFP responsables del traslado ineficaz, con lo cual se contiene en parte el efecto financiero negativo para el sistema, se preserva su indemnidad y se omite la afectación a terceros (aseguradoras previsionales, fondo de garantía de pensión mínima), lográndose así la reivindicación ficta o compensatoria de que tratan el artículo 58 de la Constitución Política y la sentencia CSJ SC 4654-2019.

En lo atinente a las cuentas de rezago y los aportes voluntarios también resulta viable su reintegro, siempre que se encuentren debidamente probados, pues se trata de recursos que contribuyen al financiamiento de una pensión y hacen parte del ahorro del cotizante. Esto es factible a partir de la aplicación analógica del artículo 9 del Decreto 3995 de 2008 que regula el tema, en casos de múltiple vinculación y por el principio de reparación integral.

En cuanto a las comisiones, costos y gastos de administración, la Sala considera viable ordenar a las SAFP restituirlos a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y de manera indexada, pues ante la ineficacia del acto, se tratarían de conceptos que no debieron ingresar al patrimonio de la administradora, por lo que es lógico que pasen a Colpensiones a efectos de financiar la eventual pensión del afiliado, pues de lo contrario, se favorecería el enriquecimiento de la SAFP a costa y con desmedro del fondo común que administra Colpensiones y del afiliado al sistema.

Cabe mencionar que tales restituciones a criterio de la Sala atienden plenamente los principios de sostenibilidad financiera del sistema pensional del artículo 48 Constitucional, sostenibilidad fiscal del artículo 334 de la misma obra y el principio de reparación integral recogido, entre otros, en los artículos 1613 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998.

De la diferenciación entre la figura de la ineficacia del traslado y el traslado previsto en los artículos 76 de la Ley 2381 de 2024 y 2° de la Ley 797 de 2003.

La Ley 2381 de 16 de julio de 2024, instaura el nuevo “*sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común*” con el cual se reestructura el sistema para establecer los pilares: Solidario, Semicolaborativo y Contributivo, este último integrado por el Componente de Prima Media y el Componente Complementario de Ahorro Individual y el Pilar de Ahorro Voluntario, con características y principios rectores, que distan del actual sistema general de social en pensiones implantado en los albores de los 90’s por la Ley 100 de 1993.

La recién promulgada Ley, subroga la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en su artículo 76 dispone reglas novedosas para el traslado, que son del siguiente tenor:

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

Parágrafo: *Los valores contenidos en las cuentas de ahorro individual de las personas que hagan uso de este mecanismo seguirán siendo administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior.*

De acuerdo con la norma en cita, las personas que cumplan con las semanas requeridas en el precepto y le falten menos de 10 años para cumplir la edad pensional, tendrán la posibilidad de trasladarse de régimen y que, en muchos casos podría ser una opción para quienes desean retornar al RPMPD. Sin embargo, a pesar de que el nuevo artículo puede ser útil en un sinnúmero de casos, lo cierto es que son varias las razones para sostener que tal precepto no resulta aplicable al *sub judice*:

- Teniendo en cuenta el efecto general e inmediato de las leyes establecido en el artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo las nuevas normas no pueden ser aplicadas retroactivamente a situaciones definidas o consolidadas con leyes anteriores. De esta manera, aunque la Ley 2381 de 2024 prevé condiciones novedosas para el traslado de régimen, esta no podría aplicarse al caso de marras, en tanto que la demandante solicitó el retorno al régimen de prima media aduciendo la ineficacia del traslado efectuado el 1 de septiembre de 1999 y la demanda fue radicada el 31 de mayo de 2023, momentos anteriores a la promulgación de la Ley 2381 de 2024. De hecho, el Decreto reglamentario 1225 de 2024, en su artículo 13 prevé que *“Los dos años a los que alude el artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 inician desde su promulgación, esto es, el 16 de julio de 2024, fecha en que se publicó la ley en el Diario Oficial y hasta el 16 de julio de 2026”*. Así, al ser el litigio anterior a la expedición de dicha norma y al cuestionarse un acto jurídico ocurrido en época previa a la misma, no está llamada a regular el caso, pues como bien se anticipó el deber de información se evalúa según las normas vigentes en la época del traslado.
- De otra parte, y aun si en gracia de discusión se aceptara que dicha norma resulta aplicable, no tendría incidencia en el asunto acá estudiado, por cuanto la actora lo que pretende es la ineficacia del traslado efectuado del

régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por la AFP demandada, conforme al marco normativo anteriormente referenciado que exige la voluntariedad de la afiliación y que esta sea precedida de suficiente ilustración sobre las características, generalidades y efectos del cambio de régimen.

Así, en el caso analizado de lo que se trata es de establecer es si el acto jurídico por el cual la actora se trasladó al RAIS cumplió con los presupuestos legales para surtir plenos efectos, o bien sea, si previo a su perfeccionamiento el afiliado contó con información completa, suficiente y transparente que le permitiera tomar una decisión consciente e informada, tal y como lo exige el literal b del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De ahí que, si ello no logra corroborarse, lo que se sigue es la declaratoria de ineficacia que supone retrotraer las cosas al estado anterior, como si el acto nunca se hubiese celebrado, o bien sea, la reincorporación del afiliado al régimen de prima media con el restablecimiento de todos sus derechos y prerrogativas. Entonces, se trata de una figura que mira al pasado y busca reestablecer el *statu quo*.

Caso distinto ocurre con el traslado regulado en el artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 y anteriormente en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que en nada afecta la afiliación inicialmente efectuada al RAIS pues con él no se busca dejar sin efectos el paso del afiliado por el RAIS y mucho menos supone restituir las cosas al estado precedente; por el contrario este traslado mira hacia el futuro, permitiéndole al afiliado, si es su deseo, cambiar de régimen pensional, siempre que cumpla ciertos requisitos. La ineficacia del traslado en cambio es una acción a la que bien puede acudir cualquier afiliado con independencia del número de semanas de cotización, el género, la edad, o el régimen pensional al cual se esté afiliado, siendo esta última más general y menos limitada.

Además, el traslado de régimen se rige por las reglas propias del sistema general de seguridad social; mientras que la ineficacia del traslado si bien tiene su fundamento en el principio de voluntariedad de la afiliación prevista en el literal b del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en sus efectos sigue las reglas civiles sobre la ineficacia de los actos, las restituciones mutuas, reparación e indemnización de perjuicios.

Finalmente, ambas figuras atienden a presupuestos y requisitos distintos y del mismo modo, producen consecuencias disímiles, por lo que resulta imprescindible su diferenciación, pues de lo contrario, se estaría en riesgo de denegar las pretensiones de la actora, orientadas a la ineficacia del traslado con todo lo que ello conlleva, impidiendo la restitución al estado anterior y la conservación de garantías como el régimen de transición, a pretexto de ser viable el cambio de régimen en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 o del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, cuando se tratan de figuras con efectos muy diferentes.

Claro lo anterior, se concluye que ni el artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 ni el artículo 2 de Ley 797 de 2003 resultan aplicables para discernir sobre la ineficacia de la afiliación que es la materia acá tratada, pues conforme a las pretensiones incoadas, lo que se debe dilucidar es si la afiliación al RAIS es o no eficaz y no si se cumplen requisitos para el traslado voluntario de régimen.

Caso concreto

Siguiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia CC SU107-2024, la Sala analizará la prueba recaudada de manera conjunta, a fin de constatar si se demostró el cumplimiento al deber de información. Se observa que la demandante se trasladó a Colfondos S.A. desde septiembre de 1999, cuando el

deber de información se encontraba en la primera etapa. La administradora debía ilustrar al potencial afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional. También debía brindar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir libre y voluntariamente la opción que mejor se ajustara a sus intereses y expectativas. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁸:

Asofondos | Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

SIAFP

USUARIO: CFCAUTOMATIZA | CUENTA DE AUTOMATIZACION | 26 de Julio de 2023 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados + Personas + Aportantes + Pagos + Estadísticas + Entrega HL al RPM + Documentación + Usuarios + Historia Laboral + Re

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:59:51 PM
Afiliado: CC 41544399 MARCELA GIRALDO SAMPER [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 41544399

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1999-07-08	2004/04/16	COLFONDOS COLPENSIONES			1999-09-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 41544399

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1999-07-08	1999-07-15	01	AFILIACION	COLFONDOS	

Por tanto, Colfondos S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales. Tenía que indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, la demandada alega que la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto preimpreso denominado “voluntad de afiliación” (folio 179 del archivo 1). Con este documento pretendió brindar constancia de

⁸ Archivo No. 07, folio 63 del cuaderno de primera instancia del expediente digital.

que la actora estuvo debidamente informada en su decisión para un traslado horizontal. Sin embargo, dicha circunstancia no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada. Conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no que este haya sido informado como lo exige la normatividad. Tampoco consta que se le haya entregado al usuario el Plan de Pensiones o el Reglamento de Funcionamiento de Colfondos S.A. Según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, este documento sirve para explicar los derechos y deberes de los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que el traslado de la demandante al RAIS ocurrió de manera consciente e informada, se decretó como prueba documental: reporte de días acreditados en Colfondos S.A. (folios 51 al 62 del archivo 7), historial de vinculaciones al SGSSI emitido por el SIAFP (folios 63 y 64 del archivo 7) y certificado de bono pensional (folios 65 al 68 del archivo 7).

Debe tenerse en cuenta que las situaciones posteriores al cambio de régimen no permiten constatar que la AFP cumpliera con su deber de información. Especialmente, debe tenerse en cuenta que, en la sentencia CSJ-SL4205-2022, la Corte Suprema descartó que la falta de retorno al RPMPD tenga alguna incidencia en la ineficacia del traslado y en la eliminación de sus efectos:

“En ese sentido, en relación con los traslados horizontales, esta Sala ha determinado con profusión que los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad” (CSJ-SL4205-2022).

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el traslado al RAIS es ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo. De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se desestimarán los argumentos esbozados por la apelante y se confirmará la decisión de la *a quo* en este aspecto. No obstante, se adicionará el numeral tercero del fallo, para ordenar a Colfondos S.A. restituir al régimen de prima media los gastos de administración, las comisiones, los seguros previsionales cobrados (artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003) y lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en el accionante estuvo vinculado a dicha SAFF, estos últimos 4 conceptos deberán ser reintegrados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos. Además, se le ordenará reintegrar las cuentas de rezago que existieren y los aportes voluntarios directamente al demandante que se encuentren debidamente demostrados. Las sumas deberán ser entregadas junto con la información pormenorizada de los ciclos e ingresos base de cotización.

Lo anterior, pues acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo que se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la afectación del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

En sentencia CSJ SL 584-2022, se estableció que al declararse una ineficacia del traslado las AFP deben trasladar las cotizaciones, sus rendimientos, los bonos

pensionales que se hubieren emitido, las cuentas de rezago y aportes voluntarios si existen; pero también las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, los valores deducidos para seguros previsionales, reaseguros y fondo de solidaridad pensional, estos últimos 5 conceptos debidamente indexados. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

“Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.” (Subrayado fuera del texto)

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar a la afiliada tales rubros y que la devolución deba ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y por ende, no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones (CSJ AL606-2023), contrario a lo que se afirma en el recurso de apelación.

Tales conceptos, que fueron descontados de la cotización, deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones con cargo a su propio patrimonio y deben ser indexados, en aras de contrarrestar los efectos del envilecimiento de los valores como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021, CSJ SL 1197-2021, CSJ SL3188-2022, CSJ SL4322-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL584-2022 y CSJ SL 1084-2023 entre otras).

Cabe anotar que Allianz Seguros de Vida S.A. no tiene responsabilidad en las

restituciones. Es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el traslado de la afiliada al RAIS y tampoco incurrió en la prohibición del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Ello es distinto a las actuaciones de Colfondos S.A., quien debió verificar las condiciones del traslado inicial del régimen de la actora, en el marco de la primera etapa del deber de información.

Además, la ineficacia no debe ser oponible a la póliza de seguros suscrita después del traslado ineficaz. El artículo 1749 del Código Civil no señala que la cesación de efectos jurídicos resulte oponible a terceros con los que ya se hayan realizado operaciones económicas. Por el contrario, ordena que las partes no pueden valerse de la ineficacia de su acto jurídico para sacar provecho respecto de sus contrapartes. En ese sentido, la AFP debe reintegrar todos los valores que integraron la cotización de la actora sin que la demandante o la aseguradora asuman las cargas o perjuicios generados por la omisión de información a la al momento del traslado.

Ante lo anterior, se advierte que la *a quo* únicamente ordenó a Colfondos S.A. devolver al RPMPD todos los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos y el bono pensional que se hubiere emitido, pero omitió ordenar retornar al régimen de prima media las cuentas de rezago y aportes voluntarios que se encuentren demostrados. También omitió ordenar la restitución indexada de los valores descontados por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima con cargo al patrimonio de las AFP accionadas, conforme al precedente de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se adicionará la decisión de primer nivel en tal sentido.

Esta entidad también deberá entregar la información precisa a Colpensiones, en aras de que también informe claramente sobre el reintegro de las sumas

descontadas por gastos de administración durante su respectivo tiempo de vinculación con la demandante. También se adicionará el fallo en cuanto a indicarle a Colpensiones que, una vez reciba los recursos y la información pormenorizada sobre los aportes de la actora, corrija y actualice la historia laboral de conformidad con los datos que se le suministren.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en tanto se orienta a comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio del proceso (CSJ SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021).

Frente a la condena en costas de primera instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia.

Así, la entidad tuvo una sentencia adversa, tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada. Por lo anterior, dicha institución debe asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción. En consecuencia,

al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala en desconocerlos, más aún cuando estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho. Respecto de las costas en segunda instancia, se encontró prosperidad parcial en el recurso impetrado por Colpensiones, por lo que será absuelta de este emolumento. Colfondos S.A. deberá pagar las costas correspondientes, por lo desfavorable de su apelación. En ese orden, se modificará la sentencia de primera instancia según lo señalado y se confirmará en todo lo demás.

En ese orden, se adicionará la sentencia de primera instancia en sus numerales segundo y tercero y se confirmará en todo lo demás.

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia No. 231 proferida el 02 de octubre del 2024 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que en los 15 días siguientes a que **COLFONDOS S.A.** le remita las sumas ordenadas y la información detallada de la afiliada, actualice en debida forma la historia laboral en cuanto a los tiempos cotizados y los aportes realizados.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia No. 231 proferida el 02 de octubre del 2024 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de

Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que en los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a **COLPENSIONES** además de lo ahorrado por **MARCELA GIRALDO SAMPER** en su cuenta de ahorro individual, sus rendimientos financieros y bonos pensionales si fueron constituidos, proceda a entregar directamente a la demandante los aportes voluntarios, si existen, y a transferir a **COLPENSIONES** las cuentas de rezago, si aplican, así como la totalidad de los gastos de administración, comisiones, lo cobrado por seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos 4 conceptos deberán ser reintegrados de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio. Al momento de cumplirse estas órdenes, todos los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** apelante infructuoso. Se fijan como agencias en derecho la suma de setecientos mil pesos m/cte. (\$700.000). **LIQUÍDENSE** por el Juzgado de origen, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello, según el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

SEXTO: En firme la presente decisión, **DEVUÉLVASE** por Secretaría el

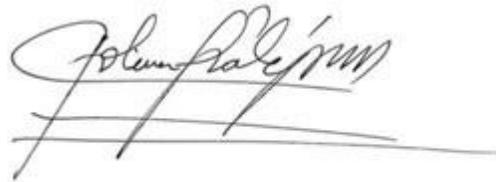
expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado
Aclaración de Voto



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Aclaración de Voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

REF. ORDINARIO DE
MARCELA GIRALDO SAMPER
VS. **AFPC COLFONDOS S.A.**
Y COLPENSIONES

Vinculada: **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**
RADICACIÓN: **76-001-31-05-006-2023-00227-01**

Es mi obligación expresar mi aclaración de voto frente a la sentencia discutida y aprobada en sesión de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pues considero:

1. Que la ley 2381 de 2024 dispuso expresamente que su artículo 76 entra a regir, a partir de su promulgación, esto es, desde el 16 de julio de 2024. Ello con independencia de la entrada en vigor del Sistema Pensional a partir del 1º de julio de 2025, de ahí su reglamentación a través del D.1225 de 3 de octubre de 2024.
2. La nueva norma derogó, por resultarle contrario su texto, por así disponerlo el artículo 95 de la Ley 2381, la limitación que traía consigo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para el traslado entre regímenes, esto es, RPM y RAIS, de quienes les falten menos de 10 años para tener la pensión. Y se agrega como beneficiarios de la norma: mujeres con 750 semanas cotizadas y hombres con 900 semanas cotizadas, a 30 de junio de 2024 (artículo 12, D. 1225/2024). Que además, hombres y mujeres reciban la doble asesoría de la Ley 1748 de 2014. Así como no tengan reconocida pensión, ni hayan recibido la devolución de saldos o indemnización sustitutiva.
3. Una norma de orden público como la del artículo 76 y su reglamentación por el D. 1225/2024 constituye un hecho sobreviniente que marca distinciones con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y determina sus propios ámbitos de aplicación subjetiva y objetiva.

4. Sin embargo, les es común, tanto al artículo 271 como al 76, que persiguen: la libre selección, afiliación y movilidad entre regímenes, organismos e instituciones del, por ahora, sistema de seguridad social integral. Luego, desde el 1° de julio de 2025, el llamado “*sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común*”. Esto es, cada persona estará en el régimen que más le favorezca y que subsistirá, en el caso del RPM por mandato del artículo 95 regulatorio de las derogatorias.

Por ello, estando en curso procesos de quienes no tuvieron la oportunidad de trasladarse voluntariamente o de quienes podrían no verse cobijados por el artículo 76, considero que:

- No es viable dejar de lado el artículo 76, que ya gobierna la eliminación de las restricciones en el traslado para quienes les faltare menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse.
- Referir la vigencia del artículo 76 no persigue su aplicación retroactiva, ni el trámite de un proceso que persigue la ineficacia -que no es una acción específica- tiene por qué obstruirle al afiliado la posibilidad de ejecutar un traslado voluntario, de ahí las “*estrategias para la finalización de los procesos judiciales*” a que se refiere el artículo 21 del D. 1225/2004 encomendada a Colpensiones y las AFP's.

Sirve el análisis de la irrupción de la norma al Sistema Pensional actual, para aplicar un test de igualdad (C-084-2020) respecto de las consecuencias que traen la ineficacia (art. 271 Ley 100/93) y el traslado voluntario (art. 76 Ley 2381 de 2024, reglamentado por el D. 1225 de 2024), frente a quienes aspiran al derecho pensional por vejez.

Así, mientras con la ineficacia se deja sin efecto la afiliación respectiva, puede realizarse nuevamente dicho acto y jurisprudencialmente, se conceden devoluciones o restituciones de “*valores contenidos en las CAI*” y otros conceptos; con el traslado voluntario, según el párrafo del Artículo 76, los “*valores contenidos en la CAI (...) seguirán siendo administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior*” y aún después, “[e]n el evento en

que se consolide la pensión antes de entrada en operación del Fondo de Ahorro del pilar contributivo (...), de conformidad con el artículo 16 del D.1225/2024.

Ambas consecuencias deben enmarcarse en los principios y reglas de la seguridad social y no, las “civiles” o contractuales, como pareciera dar a entenderse, pues están en juego derechos sociales.

En mi criterio, la nueva norma impone evaluar estrictamente, a la luz de parámetros de trato igual:

- i) Que la llegada del artículo 76, el traslado expés o voluntario, se reclamaba para quienes se vieron damnificados en su derecho pensional, para desjudicializar el traslado y atender el deber de información.
- ii) Que la regulación dada, podía ser menos restrictiva, más amplia:
 - No incluye población LGBTIQ+
 - Al ser requisitos ligados con la conjunción “y”, excluye, y diferencia, si así se considera, a quienes ya tienen la edad para pensión y tienen las semanas mínimas para pensionarse, es decir, son jubilables o pensionables, cuya prestación amerita la financiación inmediata. Tendrían ellos el derecho conforme CSJ SL, 9 sep.2008, SL4964-2018, SL1421-2019 (entre otras) a restituciones o devoluciones integrales con indexación o rendimientos.
 - Excluye a pensionados y a quienes recibieron devolución de saldos o indemnización sustitutiva (art. 11, num. 3 D.1225/24).
- iii) Que se crea un beneficio a favor de la Administradoras de Fondos de Pensiones, pues, quienes tienen una expectativa legítima recibirán igual trato que quienes tienen una mera expectativa. En ambos casos deberán mantener administración de sus recursos a cargo de las AFP. Es decir, restringe las devoluciones a valores de las CAI, sigue C.C. SU 107 de 2024. Posibilita además el artículo 16 del D.1225/2024 mantener dichos valores *“en el evento en que se consolide la pensión antes de la entrada en operación del Fondo de Ahorro del pilar contributivo”*.

Considero que ostentan una expectativa legítima quienes cumplen los requisitos pensionales entre el 16 de julio de 2024 y el 1 de julio de 2025. Y su trato, debería ser igual al de quien alcanzó un derecho adquirido antes del 16 de julio de 2024. Pues, superada la *vacatio legis*, a partir del 1º de julio de 2025, el sistema de pilares tendrá otra metodología de financiación, aunque, no se compadece el desmedro del Sistema de Protección a favor de las AFP.

Por ello comparto las consecuencias que deben mantenerse respecto de las pretensiones de ineficacia, aunque con inquietudes de trato igual respecto de quienes opten por el traslado voluntario, más aún con la expedición del D.1225 de 2024.

Adicionalmente, debo señalar que aún con el precedente creado en la sentencia SU 107-2024 de la Corte Constitucional, con mayor insistencia y con apoyo en los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., la devolución de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe hacerse con sus rendimientos y no indexados como se decidió por las siguientes razones:

1. La ineficacia del traslado busca dejar sin efectos un paso que jamás debió darse para suprimir toda mácula en el historial pensional de la demandante. Ello porque se desconoció por las AFP el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De manera que se trata de un análisis a la luz de las obligaciones legales de las AFP -de tipo cautelar, en el contexto de incertidumbre financiera en que se mueve el RAIS-. Se trata de poner al afiliado y a la AFP en el estado que se encontraban antes del traslado, es más dice la norma “[*]la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”.
2. Entonces aquella devolución o “restituciones” se imponen por la Ley 100 de 1993, y ahí no se trata de devolver lo no debido, ni de evitar un enriquecimiento sin causa, no, ello no interesa, no implica la buena o mala fe. Se trata de devolver ni más, ni menos que

lo que recibió¹. Es que no se debe olvidar que la ineficacia deviene de infringir, una norma de orden público, cuya defensa frente a la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social pensional, prevalece. Por eso mi inclinación por la devolución con rendimientos, pues ya se ha dicho que la indexación solo trae a valor presente las cifras monetarias, más no los frutos del dinero. Se busca una restitución integral para que opere una cabal afiliación al régimen pensional de COLPENSIONES, como si hubiera permanecido en el patrimonio del RPM. La educación y pedagogía pensional no puede comenzar a la madurez laboral, sino ejercitarse en el momento pertinente.

3. Si bien desde la óptica constitucional descubre la Corte Constitucional (considerandos 304-312) algunas complejidades en las devoluciones, a saber: *“(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”*. Resulta justamente, en mayor armonía con la preservación del orden público que defiende el artículo 271 al garantizar la libertad de elección del afiliado, que las restituciones operen con los rendimientos que el dinero produce y con cargo al patrimonio propio de las AFP, para no afectar la sostenibilidad fiscal.

¹ En esto, la ineficacia que se defiende en materia Laboral y de la Seguridad Social se asimila -sin ser igual- a la nulidad del contrato que defienden los Civilistas y que dan aplicación al “principio de la independencia de las condiciones de la nulidad y de la responsabilidad” (Thibierge, Catherine. Nulidad, restituciones y responsabilidad. U. Externado de Colombia, 2009) que se sintetiza en que: “Para que se declare la nulidad del contrato se requiere y es suficiente que no se haya respetado una norma imperativa relativa a la conclusión del contrato promulgada bajo pena de nulidad. Si tal fuera el caso el juez no podría agregar otras condiciones, como la exigencia o la ausencia de una culpa (I) o de un perjuicio (II), y rechazar la nulidad con el pretexto de la responsabilidad de las partes”. De ahí que se enseñe en materia de nulidades que: I. La culpa o la ausencia de culpa no es una condición de la nulidad, II. El perjuicio no es una condición de la nulidad. Independencia de conceptos que hacen perseguible la restitución integral, en la medida de la prestación cumplida, en valor, siendo inoponibles argumentos como la imposibilidad de retrotraer efectos, que se reconocen como una técnica tendiente a suprimir el ilícito. (p. 766-775).

4. Desde las sentencias del 9 de septiembre de 2008², rad. 31989, SL9464-2018, SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019, se instruyó sobre el deber de la devolución de todos los valores recibidos. Ahora bien, el precedente existente alrededor de la devolución con indexación sobre gastos de administración (SL-3464, 4360 de 2019, 3349, 4334, 5686,5292 de 2021 y SL2929 de 2022), intenta morigerar en algo la restitución integral ante la ausencia de pedimento de parte o en mi sentir, por las limitaciones propias de los recursos. Aunque valga señalar que por vía del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES no pueden mantenerse, devoluciones no integrales. Esto sobre la base que no afectar la cotización pensional con la distribución propia del RAIS, para volver al *statu quo ante* de que habla el artículo 1746 C.C., y al que remiten las sentencias de Corte.
5. Así no basta con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP del RAIS, el fondo público no percibió fruto alguno. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994, define los gastos de administración como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003, ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.
6. A su vez, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, compilado en el D. 1833 de 2016, aplicable en materia de traslado de afiliados conforme al artículo 1º ibidem, señala que:

² CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”

“(…) Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS”.

7. Respecto de las cotizaciones voluntarias si las hubiese y si así lo informa el afiliado, o con carácter disponible en la cuenta de aportes de no vinculados. El artículo 9 del D. 3995 de 2008 señala en casos de resolución de múltiple vinculación, analogizable en materia de ineficacia por las consecuencias que aparece, que: *“(…) la administradora del RAIS deberá informar al afiliado la posibilidad de retirar tales cotizaciones o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que el afiliado guarde silencio, las cotizaciones voluntarias quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados”.*

La Sala pudo en aras del criterio de la sostenibilidad financiera y de la salvaguarda de los recursos públicos, establecer la devolución integral con los rendimientos que el dinero en manos de COLPENSIONES debía producir. Sin embargo, soportada como se encuentra la sentencia en un mecanismo de compensación inflacionaria, como es la indexación, basta con expresar de manera transparente la aclaración de mi voto, encontrando más coincidencias que distancias con la Sala de Decisión.



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Fecha ut supra.