

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

**DEMANDANTE:** NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN  
**DEMANDADOS:** COLPENSIONES Y OTROS  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-002-2023-00195-01  
**ASUNTO:** Apelación y Consulta sentencia de mayo 30 de 2024  
**ORIGEN:** Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali  
**TEMA:** Ineficacia de traslado de régimen pensional  
**DECISIÓN:** Modifica y adiciona.

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación frente a la Sentencia N° 195 del 30 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-002-2023-00195-01**, dentro del cual se llamó en garantía a **ALIANNZ SEGUROS DE VIDA S.A.** y **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

**SENTENCIA N° 324**

**DEMANDA<sup>1</sup>.** El actor pretende se declare la ineficacia de la afiliación que efectuó al RAIS concretamente a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., sin solución de continuidad y sin ningún tipo de restricción; como consecuencia de ello, se ordene la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A., se sirva devolver los aportes efectuados junto

<sup>1</sup> Archivo 03 Expediente Digital

con sus respectivos rendimientos, y demás acreencias a COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A. se sirvan devolver los gastos de administración causados, comisiones y demás acreencias que haya lugar durante el tiempo que estuvo afiliado en estas AFP; se ordene a las demandadas se sirvan a actualizar las bases de datos SIAF RUAF y MANTIZ, y de esta manera normalizar el pago de aportes a la seguridad social y; se les condene en costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 30 de marzo de 1962; inició su vinculación laboral en desde el 8 de septiembre de 1981 cotizando para al RPMPD administrado por el otrora ISS hasta el mes de abril de 1995, fecha en que empezó el traslado a COLFONDOS S.A., pues fue abordado por un promotor de quien lo convenció de realizar la afiliación, aduciendo que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el ISS, pero al momento de la afiliación no le explicó las condiciones de la afiliación, ni muchos menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas de la afiliación, mucho menos le proporcionaron información veraz y completa respecto a las consecuencias negativa o positivas que tendría con la afiliación al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión, nunca informó de manera clara y por escrito el derecho a retractarse de su afiliación, ni que podía retornar al RPMPD antes de que le faltare menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; para el año 2001 realizó traslado horizontal a PORVENIR S.A., en donde tampoco se le proporcionó la información necesaria; que solicitó a COLPENSIONES que permitiera su retorno al RPMPD, pero recibió respuesta negativa.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**PORVENIR S.A.<sup>2</sup>.** No se opuso a la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, pero si a toda condena adicional, bajo el argumento que la afiliación a la AFP es un acto válido en la medida en que la demandante suscribió solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Hecho exclusivo de un tercero, prescripción de la acción que

---

<sup>2</sup> Fs. 2-14 Archivo 09 Expediente Digital

pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena., restituciones mutuas, innominada.

**COLPENSIONES.<sup>3</sup>** Se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el demandante realizó su traslado al RAIS de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la Ley no es excusa en esta situación, además la parte demandante al presumir una nulidad en el traslado de régimen debió probar eficazmente que la AFP COLFONDOS S.A. incurrió en un vicio o causal de nulidad, no estando demostrado más allá de su propio, por cuanto no se adecuan los elementos requeridos para acreditar la nulidad pretendida con la presente acción. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, innominada, prescripción, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES.

**COLFONDOS S.A.<sup>4</sup>** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo la tesis que no existió omisión por parte de los fondos al momento de entregar al demandante toda la información que este requería para que tomase una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del RPMPD y el RAIS, actuando de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado por el demandante, siendo este quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado entre administradoras y no por la presunta falta de información por los funcionarios de las AFP'S al momento de traslado, por lo que no puede pretender desconocer la información brindada, so pretexto de fundar una presunta falta de asesoría, pues esto raya en lo inverosímil. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Validez de afiliación a COLFONDOS S.A.; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES al haber sido trasladados a PORVENIR S.A.; inexistencia de la obligación de devolver el

---

<sup>3</sup> Fs. 3-21 Archivo 10 Expediente Digital

<sup>4</sup> Fs. 2-37 Archivo 11 Expediente Digital

seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación; genérica.

En escrito separado presentó llamamiento en garantía contra ALIANNZ SEGUROS DE VIDA S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.<sup>5</sup>

**AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.<sup>6</sup>** Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía argumentando que no existe obligación alguna de reintegrar la prima de seguro previsional, pues el contrato suscrito con la AFP se circunscribió a la expedición de un contrato de seguro previsional exclusivamente por concepto de invalidez y sobrevivencia, en virtud del cual, la sociedad asegurada, para garantizar la existencia de ese contrato y como contraprestación del riesgo asumido por la aseguradora, debía pagar un valor por concepto de prima, y como contraprestación, la aseguradora, durante la vigencia de este, asumió efectivamente los riesgos, es decir, amparó la obligación de completar el capital necesario para atender la pensión de invalidez o de sobrevivientes en el evento en el que se hubieran materializado alguno de estos dos riesgos. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de vicio en el consentimiento que implique la declaratoria de ineficacia de la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en favor del demandante; cumplimiento de los requisitos legales por parte de la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A. para la afiliación del demandante; las excepciones planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía; 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 garantía; innominada.

---

<sup>5</sup> Fs. 61-67 Archivo 11 Expediente Digital

<sup>6</sup> Fs. 4-29 Archivo 18 Expediente Digital

**ALLIANZ S.A.**<sup>7</sup>. Se opuso a la demanda y al llamamiento en garantía argumentando que las pretensiones no están encaminadas a un reconocimiento pensional derivado de los riesgos de invalidez o muerte que conlleven al pago de la suma adicional por parte de la aseguradora en virtud de la póliza de seguro No. 0209000001, sino que las pretensiones de la demanda están orientadas a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, razón por la que no hay lugar a que se afecten las coberturas otorgadas en la póliza de seguro previsional por cuanto, dicho seguro no contempla dentro de sus amparos, lo pretendido por la parte demandante y por lo tanto, no ha nacido la obligación a cargo de la aseguradora. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada; afiliación libre y espontánea del señor NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; error de derecho no vicia el consentimiento; prohibición del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; buena fe; genérica; abuso del derecho por parte de COLFONDOS S.A. al llamar en garantía a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. aun cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/o restitución de la prima; inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada debido al riesgo asumido; inexistencia de obligación a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado; la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe; falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001; prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro; aplicación de las condiciones del seguro; cobro de lo no debido.

---

<sup>7</sup> Fs. 3-54 Archivo 19 Expediente Digital

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia N° 195 del 30 de mayo de 2024, resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las administradoras de fondo de pensiones **COLPENSIONES** y que denominó **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, LA INNOMINADA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, NOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES,** y las formuladas por **PORVENIR S.A., “HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR-INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN EN CASO DE CONDENA,** 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 LA OBLIGACIÓN DE TRASLADAR LOS VALORES DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE A COLPENSIONES AL HABER SIDO TRASLADADOS A PORVENIR S.A , INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO Y PRESCRIPCIÓN.**

**Probadas las evocadas por las llamadas en garantía AXA COLPATRIA y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

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

**TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES,** aceptar el regreso de **NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN** al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.

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

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

**QUINTO: CONDENAR A COLFONDOS 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.

**QUINTO (Sic): 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 **NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN** y a activar su afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, de igual manera, proceda a realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a las partes vencidas en juicio. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las entidades demandadas y a favor del actor. Se exonera de dicha condena a ALIANZ SEGUROS DE VIDA SA y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA.

**SEPTIMO: ABSOLVER** a ALIANZ SEGUROS DE VIDA SA y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA., de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por COLFONDOS S.A. (...)"

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

### **IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM**

**COLPENSIONES** presentó recurso de apelación el cual sustentó bajo la tesis que no se tuvo en cuenta que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica sin ningún tipo de ponderación en desigualdad de las partes, por tanto, se dio por probado los hechos de la demanda, sin tener en cuenta que la carga dinámica se debe aplicar atendiendo las particularidades propias de cada caso y, en el presente, el demandante ha estado afiliado a varios fondos del RAIS, sin que se tuvieran en cuenta esos elementos para dar por demostrada la voluntad del afiliado de permanecer en dicho régimen, pues de sus acciones y su comportamiento

se desprende de manera tácita su voluntad de pensionarse en el régimen privado y no regresar al RPMPD, y solo pretende regresar al régimen cuando se enteró que su pensión se liquida de forma distinta, después de veinte años de permanecer en el RAIS. Agregó, que se debe tener en cuenta la sentencia SU107-2024, pues en la misma se ajustan los supuestos fácticos y jurídicos de los procesos en lo que se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, y el demandante no demostró que no recibió la información por parte de los fondos privados, por lo cual se debe revocar el fallo.

**COLFONDOS S.A.** también recurrió la providencia argumentando que, de acuerdo con la ley 100 de 1993 y las pruebas, el traslado del demandante se dio de manera libre y voluntaria de conformidad con la normatividad vigente para ese momento, lo cual quedó plenamente plasmado en el formulario de afiliación, por lo que no hubo vicios en el consentimiento y, por ende, no procede la ineficacia del traslado de régimen, ya que el fondo suministró toda la información requerida. Además, se debía tener en cuenta el deber del demandante como consumidor financiero dada la naturaleza del fondo privado. Asimismo, la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 indica que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse, es decir, la ley establece de manera categórica la prohibición de traslado en estos casos. También debe tenerse en cuenta que para la época del traslado la ley no obligaba a las AFP a realizar proyecciones pensionales, lo que implica que se está dando aplicación retroactiva a las normas. Agregó, que no procede la devolución de los gastos de administración, ni los seguros previsionales, pues la sentencia SU107-2024 así lo establece, en tanto que el factor económico no es determinante para establecer la ineficacia de un traslado de régimen pensional.

**PORVENIR S.A.** apeló el fallo indicando que la afiliación del demandante a la AFP fue un acto completamente válido en la medida que suscribió el formulario de vinculación de forma libre, voluntaria y sin presiones, al punto que ha estado en el RAIS por más de 28 años. Agregó, que no se pueden desconocer los términos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia de SU107-2024, en donde se señaló la importancia del sistema probatorio en estos asuntos, indicando que la inversión de la carga de la prueba es desproporcionada y no se pueden imponer cargas imposibles de cumplir para ninguna de las partes, y fue enfática en señalar que ni las



primas de seguros, ni los gastos de administración, ni el porcentaje del Fondo de Garantía de pensión mínima, ya sea de forma individual o combinada o indexada, deber ser retornados cuando se declara la ineficacia del traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho, en consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condena a pagar valores adicionales configuran enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado que se debe declarar la prescripción sobre esos gastos de administración y demás conceptos. Por último, sostiene que se debe revocar la condena en costas, ya que el fondo siempre ha actuado de buena fe.

### **ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Las demandadas reiteraron los argumentos de alzada. Las llamadas en garantía reiteraron los argumentos de las contestaciones. El demandante guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

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

**PROBLEMAS JURÍDICOS.** En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** Si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, si es procedente ordenar a las AFP del RAIS demandada, la devolución indexada de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el

tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y;  
**(iii)** si es proceden revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.

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

### CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto, a saber, que el señor NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN: **i)** se afilió al RPMPD el 8 de septiembre de 1981 y realizó cotizaciones validas hasta el 30 de abril de 1995 (Archivo 08 Careta 12 ED); **ii)** se afilió al RAIS a través de COLFONDOS S.A. con efectividad a partir del 1° de mayo de 1995 (f. 38 Archivo 11 ED); y; **iii)** se afilió a PORVENIR S.A. con efectividad a partir del 1° de julio de 2001, siendo esa la AFP a la cual se encuentra actualmente vinculado (f. 42 Archivo 09 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en la SL 1055 de 2 de marzo de 2022.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los

ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en la SL2611-2020.

Por su parte, la Corte Constitucional, dentro de la Sentencia SU107-2024, al hacer referencia a la asimetría de la información, concepto sobre el cual se sustenta la teoría del buen consejo, sostuvo lo siguiente:

*“La asimetría de la información puede generar comportamientos de selección adversa que aumentan los precios al punto de excluir un bien o servicio del mercado, o generar tratamientos discriminatorios contra cierto tipo de consumidores que los obligue a asumir precios artificialmente altos por el mismo bien o servicio. Para lo que importa a este caso, en el mercado de pensiones una de las manifestaciones de la asimetría de información consiste en que los usuarios no tienen suficiente información para decidir, entre las opciones que tienen a su disposición, cuál es la que mejor garantiza sus intereses o satisface sus expectativas. Estas dificultades pueden recaer sobre la decisión de afiliarse a uno u otro régimen pensional, decidir sobre su permanencia en el régimen elegido, determinar si realiza o no cotizaciones voluntarias, decidir si cumple o no el deber legal de cotizar, asumir o no el riesgo de dejar de cotizar, escoger una modalidad de retiro en el RAIS, etc.”*

Es de anotar que la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Ahora, respecto de la carga de la prueba en esta clase de asuntos, en la misma sentencia de unificación aludida con antelación, se pronunció la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

*“La Corte Suprema de Justicia también ha invertido la carga de la prueba, en todos estos casos, sosteniendo (i) que cuando un afiliado sostiene que no fue informado respecto de las consecuencias de su traslado, ello corresponde a una negación indefinida; o (ii) que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, “[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. La Sala Plena entiende que la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, siempre que alguien alegue no haber sido informado respecto de las consecuencias de su traslado al RAIS, corresponderá a la AFP demandada demostrar que prestó una asesoría adecuada, busca la protección de la persona. Sin embargo, la aplicación estricta de esta tesis libra al demandante de presentar cualquier prueba, indicio, evidencia o fundamento razonable sobre la existencia del derecho laboral que reclama. De contera, adicionalmente ello también exonera al juez de decretar y practicar pruebas de manera oficiosa. La Corte Constitucional también entiende que la inversión de la carga de la prueba puede ser, dentro del proceso judicial, un recurso más y no el único o el primero al que podría acudir el juez si, como director del proceso, lo estima necesario.*

*El precedente de la Corte Suprema de Justicia hace de la inversión de la carga de la prueba la única herramienta disponible, a pesar de que el ordenamiento jurídico la reconoce como una herramienta más a la que el juez laboral puede acudir -pero no la única-. **En consecuencia, la Corte Constitucional reitera que solo las circunstancias que rodean a las partes, en cada caso concreto, pueden permitir al juez evaluar la posibilidad excepcional de invertir dicha carga o de distribuirla. Y esta debe ser una decisión del juez ordinario laboral, en su calidad de director del proceso y que además tiene repercusiones en la autonomía e independencia judicial.***” (Énfasis de la Sala).

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso concreto, se tiene que, de conformidad con el principio de la carga dinámica de la prueba contenido en el artículo 167 del C.G.P, ambas partes debían probar los hechos en los que sustentaron sus argumentos, de lo que emerge que las AFP no acreditaron la diligencia en el acatamiento del deber de información

al afiliado, pues no aportaron ningún elemento de prueba a fin de acreditar el cumplimiento de las obligaciones que como administradoras de pensiones les competían frente al afiliado, ya que ni siquiera allegaron al expediente el formulario de afiliación suscrito por el promotor de la acción.

Bajo ese panorama, si bien en los términos de la Corte Constitucional, no puede efectuarse una inversión automática de la carga de la prueba, ello no se traduce per se a que sea el afiliado el que acredite el cumplimiento o no del deber de información, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen ese deber desde su misma creación, razón suficiente para que éstos tengan igualmente la obligación procesal de aportar las pruebas que constaten la información brindada, sin que en este caso las AFP del RAIS demandadas hubiesen aportado elemento probatorio alguno en ese sentido, lo que sin lugar a dudas da cabida a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Asimismo, si bien el actor suscribió el formulario de afiliación con COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que éste conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que se pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

La tesis que acoge esta Sala se encuentra en consonancia con las reglas establecidas por la Corte Constitucional para ser aplicadas en esta clase de procesos, como son:

*“(i) Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el período 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; b) 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 “son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”. Estas pruebas pueden ser solicitadas o aportadas por las partes, o pueden ser requeridas de manera oficiosa. La práctica de estas pruebas es importante si se asume que el objeto del proceso ordinario laboral es reconstruir los hechos ocurridos en el pasado para, en caso de comprobarse, acceder a las pretensiones o negarlas. La prueba, en tal sentido, tiene el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido.

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

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

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

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

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

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

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

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a COLFONDOS S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, sin que dentro de los expedientes administrativos aportados por las demandadas se logre extraer un elemento de juicio del cual se advierta el cumplimiento de esa obligación.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a las AFP privadas convocadas al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía, y no lo hicieron, pues, se itera, no aportó ningún elemento de prueba para demostrar tal aspecto.

En este punto, también resulta necesario resaltar que, si bien se configura como un hecho sobreviniente la entrada en vigor del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, el cual dispone:

**“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.”*

Ha de tenerse en cuenta que los efectos del citado precepto no guardan ninguna relación con los efectos que se derivan de la declaratoria de ineficacia de un traslado de régimen pensional, pues mientras ésta deja sin efectos la pertenencia o cambio de régimen pensional cuando se realizó sin el cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP del RAIS; lo que trajo consigo la nueva reforma pensional en dicho artículo es la posibilidad de un traslado voluntario para un grupo específico de afiliados, las mujeres con 750 semanas y los hombres con 900 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la referida normatividad, para quienes desaparecen las restricciones que inviabilizan el paso entre los regímenes de RPMPD y RAIS, por faltar menos de 10 años para cumplir la edad pensional, para aquel grupo de personas con una expectativa de derecho, pero nótese que en el parágrafo se establece un manejo diferente de los valores que financian la pensión, pues deja su administración a la AFP del RAIS hasta que se consolide el derecho a la pensión de vejez.

En esos términos, por el efecto general e inmediato del referido artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, para quienes hayan elevado demanda de ineficacia de la afiliación fundada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se convierte en un argumento más para respaldar no sólo la ineficacia, sino también, las consecuencias que de ello se derivan, no solo respecto del afiliado, sino de la AFP del RPMPD, en tanto la norma no alude a conceptos que haya que trasladar entre administradoras, como si lo tiene establecido



la jurisprudencia en tratándose del tópico que se analiza en esta clase de procesos.

Así pues, conforme al precedente de Corte Constitucional establecido con la SU-107-2024 y la línea jurisprudencial, pacífica hasta la fecha, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia se erige como la posibilidad de afiliados de resarcir las desventajas de permanecer en un régimen al que fueron afiliados sin contar con la debida información. Por su parte, el traslado voluntario sin restricción de edad contemplado en la nueva ley pensional, es la posibilidad de un grupo específico de afiliados de trasladarse para beneficiarse del régimen de transición que trajo consigo la reforma al SGSSP.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN. Sin embargo, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia, en cuanto declaró 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.”*, pues como lo advirtió la Corte Constitucional en la ya referida Sentencia SU107-2024, la situación de un afiliado que nunca se trasladó de régimen no es la misma que un afiliado que si se trasladó al RAIS, pero que regresa al RPMPD como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de ese acto, en razón a que: *“...la persona que siempre estuvo afiliada al RPM contribuyó, con sus aportes, al pago de las pensiones en ese mismo régimen, dado que dicho fondo es común, solidario y de naturaleza pública. Si todas las personas que hoy se devuelven al RPM por cuenta de la declaratoria de la ineficacia de su traslado siempre hubiesen estado afiliadas -verdaderamente- a dicho régimen, este habría contado con más recursos para financiar sus pensiones y, en consecuencia, se habría acudido en menor proporción al presupuesto general de la Nación para completar el pago de pensiones. Esto supone, a su turno, que una buena parte del dinero que del presupuesto se destinó para el pago de pensiones en el RPM, pudo utilizarse en otras materias que resultaran importantes para el Estado y que hicieran parte del gasto público social.”*

Por el contrario, *“...una persona que durante años contribuyó al RAIS, y solo a último momento pasó al RPM, en la práctica no contribuyó al fondo*

*común de naturaleza pública que administra Colpensiones. Y, por tanto, el dinero de sus cotizaciones no sirvió para pagar pensiones en dicho régimen.”*

El fallo también confirmará en lo referente a la orden impartida a las AFP de RAIS de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados al RPMPD, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022. No obstante, se adicionará, pues el a quo omitió referirse en la parte resolutive del fallo a la obligación que también le asiste a COLFONDOS S.A. de retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

De acuerdo con lo anterior, se dispondrá que COLFONDOS S.A. deberá transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y, además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

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

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,*

*ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”*

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

*(i) Que esa Corporación ha expresado frente a los mismos gastos de administración en salud: “que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.”*

*(ii) Que nunca el valor que la AFP traslada a COLPENSIONES por razón de la declaratoria de la ineficacia de un traslado (así se incluyan valores como el porcentaje destinado a gastos de administración, el pago de primas o los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros) será suficiente para financiar una prestación en el RPMPD, ya que dicho régimen tendrá que financiar el subsidio a pensiones con altos ingresos en su base de cotización.*

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

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

Adicionalmente, la tesis que de vieja data viene sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no implica desconocer el derecho de las entidades que integran en SGSSI de cobrar los gastos de administración, sino que, en los casos donde la afiliación se ha realizado sin el cumplimiento de todos los requisitos legales y constitucionales, no hay razón para

considerar que ese derecho nació a la vida jurídica, en tanto ello sería convalidar que una persona se beneficie de su propia culpa, lo iría en contravía del principio «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», el cual ha sido desarrollado por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-122 de 2017, en el entendido que nadie puede beneficiarse de su propia conducta indebida o negligente. En otras palabras, un individuo no puede excusarse ni buscar ventajas legales al basarse en su propio dolo. Este fundamento legal garantiza que la justicia no se vea comprometida por maniobras que intenten plantear el propio comportamiento culpable para obtener algún beneficio o para eludir responsabilidades.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los

derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

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

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

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

En lo que respecta a la condena en costas que también es objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., encuentra la Sala correcta la decisión de la *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del CGP que señala en su numeral uno “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, siendo una de ellas la administradora del RAIS, como quiera que si bien no presentó oposición al traslado de régimen, si se opuso a las consecuencias económicas que de la declaratoria de ineficacia se derivan, contra las que incluso presentó excepciones de fondo para impedir su prosperidad. Además, se debe recordar que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron todas las demandadas.

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia N° 195 del 30 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

**“DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN con PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.”**

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **QUINTO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo

en que el señor **NELSON AUGUSTO VIVAS MERCHÁN** estuvo afiliado a esa AFP. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**CUARTO: Costas** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para las AFP del RAIS, y la suma de \$100.000 para la AFP del RPMPD.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los Magistrados,

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

**Firma electrónica**  
**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**

**Firma electrónica**  
**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**  
**Salvamento Parcial de Voto**

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

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

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le



resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado(a) a el(los) fondo(s) privado(s).

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

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

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

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

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

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

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la

necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la “creación” legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

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

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

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

Firma electrónica  
**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**  
Magistrada

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

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

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

*"En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al*

*configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional" (CC SU-107 de 2024, párr. 303).*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las sentencias de unificación tienen un carácter obligatorio y vinculante, lo cual implica que deben ser acatadas en su integridad para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico (Sentencia CCSU611-2017).

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

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

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

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

**Firma electrónica**  
**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**  
Magistrada

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Arango Secker**  
**Magistrada**  
**Sala 013 Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

**Carolina Montoya Londoño**  
**Magistrada**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**  
**Firma Con Salvamento Parcial De Voto**

**Fabian Marcelo Chavez Niño**  
**Magistrado**  
**Sala 014 Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d4a4dae921403d640829bf651776b191ef2d2798afa7d20c312526de07548f57**

Documento generado en 30/10/2024 09:34:56 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**