Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de abril dos mil veinticinco (2025)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	**76001 31 05-017-2023-00299-00**
Juzgado de origen	Diecisiete Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Sandra Patricia Daza Gómez
Demandadas:	- Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. - Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías -Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones
Llamada en Garantía	Allianz Seguros De Vida S.A
Asunto:	**Confirma y Adiciona sentencia** – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia No.	**072**

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia que resuelve los r**ecursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colfondos S.A., Porvenir S.A y Colpensiones EICE contra la sentencia No. 143 emitida el 5 de noviembre de 2024. Así mismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda[1]

Procura la demandante: **i)** que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por Colfondos. En consecuencia, se ordene la afiliación de la demandante al RPM, **ii)** se ordene a Porvenir S.A. devolver los aportes efectuados por la actora con sus respectivos rendimientos, y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencia entre regímenes, **iii)** se condene a las entidades demandadas conforme a las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho.

2. Contestaciones de la demanda

Colpensiones[2] **y Colfondos S.A**. [3] dieron contestación a la demanda (Art. 279 y 280 C.G.P.).

Por su parte, **Porvenir S.A.** [4] pese a ser notificada en debida forma, no hizo pronunciamiento alguno a la demanda, por ende, por medio de auto No 2746 del 17 de noviembre de 2023 dispuso tener por no contestada la demanda.

3. Trámite Procesal

Colfondos S.A. presentó llamamiento en garantía a la seguradora **Allianz Colombia S.A.,** [5] en virtud del mismo, el despacho mediante proveído No 2746 del 17 de noviembre de 2023 admitió el llamamiento en garantía y ordenó surtir su notificación.

Allianz Colombia S.A.[6], fue notificada y dentro del término legal oportuno presentó contestación de la demanda y el llamamiento formulado en su contra, el cual en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.).

---

[1] Archivo 03 Poder Demanda pdf.
[2] Archivo 19Contestacion Colpensiones pdf- Archivo 27 SubsanacionContestacionColp pdf
[3] Archivo 20ContestaColfondos pdf.
[4] Archivo 24 AutoInadmiteContestacionAdmiteLlamamiento pdf.
[5] Archivo 21 Llamamiento Garantía pdf.
[6] Archivo 29Contestacion Allianz Colombia pdf.

3. Decisión de primera instancia

El a *quo* dictó sentencia No 143 emitida el 5 de noviembre de 2024 decidió:

> ***PRIMERO:*** *DECLARAR PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA a favor de ALLIANZ SEGUROS S.A. y en contra del llamamiento en garantía que le formuló COLFONDOS S.A., y DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.* ***SEGUNDO:*** *DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora SANDRA PATRICIA DAZA GOMEZ, de notas civiles conocidas en este trámite, con COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida a cargo de COLPENSIONES.* ***TERCERO:*** *CONDENAR a PORVENIR S.A, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora SANDRA PATRICIA DAZA GOMEZ, de notas civiles conocidas en este trámite, lo que incluye los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, frutos, intereses y las cuentas de rezago, además de los gastos de administración que incluye la cuota de administración, pagos de seguros provisionales y aportes al fondo de Pensión de garantía mínima, sobre estos últimos 3 rubros, deberán ser reintegrados de manera indexada y por todo el tiempo que perduro la afiliación de la demandante al RAIS. Sumas que deberán ser discriminadas por ciclos, periodos de cotización, IBC y de más información que sea relevante para lo cual se otorgará un plazo de 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia. Gastos de administración que deberán ser restituidos por COLFONDOS S.A y por todo el periodo de vinculación de la demandante con esa entidad, los cuales deben ser restituidos de forma indexada.* ***CUARTO:*** *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora SANDRA PATRICIA DAZA GOMEZ de condiciones civiles conocidas en este trámite, junto con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, con la obligación de emitir historia laboral en el término de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia.* ***QUINTO:*** *CONDENAR EN COSTAS a las demandadas vencidas en juicio COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., tásense por la secretaría del Despacho fijando como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de un SMLMV al momento del pago, y a cargo de COLFONDOS S.A. y a favor de ALLIANZ SEGUROS S.A. por el fallido llamamiento en garantía en la suma de 1/2 SMLMV al momento del pago.* ***SEXTO:*** *ORDENAR la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.* ***SÉPTIMO:*** *REMITIR oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.*

Se fundamentó la decisión, en la falta consentimiento informado al momento del traslado de Sandra Patricia Daza Gómez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Como argumentos de derecho precisó que desde los inicios del sistema general de pensiones, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la afiliación a cualquiera de los dos regímenes, se debe dar de manera libre y voluntaria así para garantizar

esa libertad de escogencia, a su vez el artículo 171 de la Ley 100 establece como sanción a las afiliaciones que se den con desconocimiento de este principio de libertad que las mismas quedarían sin efecto de esta manera de resaltarse que para configurar esa libertad de escogencia en el sistema de pensiones la misma estar precedida el consentimiento informado como elemento esencial de este tipo de negocios jurídicos, la cual requiere la entrega de información suficiente y transparente que permite a la afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado pensional y el que más se ajuste a sus intereses.

Manifestó, que la jurisprudencia, se ha preocupado por recalcar que la obligación de información y cuidados a cargo de los fondos de pensiones, ello conforme al artículo 1604 del Código Civil, el cual enseña que la prueba de la diligencia y cuidado incumben a quien ha ido a emplearlas. Por lo anterior, considera que el fardo probatorio, en estos eventos está a cargo de los fondos de pensiones, quienes deben acreditar que proporcionaron la información suficiente a sus afiliados.

Recalcó, que en los términos de la sentencia de SU 107 de 2024 de la Corte Constitucional, corresponde al operador judicial desplegar todas las actividades probatorias pertinentes en orden a verificar los hechos que son materia investigación; incluso a través del uso de la facultad oficiosa y sólo cuando ello se haya agotado, es que se puede disponer de la inversión de la carga de la prueba.

Aclaró, que la carga de la prueba en materia de obligaciones de diligencia y cuidado, recae en el propio obligado, de ahí que, es deber de la entidad que recibe la solicitud de traslado cumplir con el deber del consentimiento informado, mostrando los requisitos sobre todo en materia de capital, que deben cumplir las prestaciones económicas consagradas en el régimen de ahorro individual.

En el caso en concreto, el despacho de instancia consideró que es procedente acudir a la inversión de la carga de la prueba, puesto que, ni la parte demandante ni demandada poseen evidencias de dicha asesoría. Así las cosas, al revisar el interrogatorio de parte se estableció que la demandante se afilió a ISS desde el 11 de 1982, posterior a ello, se trasladó en julio de 1996 con la entidad Colfondos S.A., más adelante se trasladó de forma sucesiva entre Colfondos S.A. y Porvenir S.A. en mayo de 1998 hasta agosto de 1999, quedando al final con Porvenir S.A., lo cual se hace constar en el formato SIAFP de Asofondos.

A partir de ello, el a quo, concluyó que Colfondos S.A. en el año 1996 y posteriormente Porvenir S.A. en el año 1998 incumplieron con el deber de proporcionar la información a la accionante. Y ello es así, porque correspondía a las entidades del RAIS desplegar la actividad probatoria pertinente, en orden a demostrar sus deberes de cuidado y buen consejo para con sus afiliados, proporcionando la información suficiente a la señora Daza Gómez para que su decisión de traslado fuera libre y voluntaria.

En consecuencia, el juez determinó que el traslado carecía de validez jurídica, ya que la falta de consentimiento informado vicia la voluntad del afiliado y, por tanto, anula los efectos de la afiliación.

Bajo estos fundamentos, se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y se ordenó su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones. Como consecuencia de esta decisión, Porvenir deberá trasladar la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, frutos, intereses, así como las cuentas de rezago. Además, indicó el capital deberá hacerse de manera discriminada, trasladando con ello la información pertinente por ciclos, periodos de cotización y demás información que sea relevante. Además, se ordenó a Colpensiones actualizar y entregar su historia laboral en un plazo de treinta días.

El fallo también estableció que los fondos de pensiones deben restituir los gastos de administración cobrados durante el período de afiliación al RAIS y el pago de las costas procesales. Esta determinación responde al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual exige que los recursos destinados a las pensiones sean protegidos y administrados de manera adecuada.

Finalmente, el despacho auscultó que, si bien es cierto, el artículo 76 de la Ley 2389 de 2024, permite que los afiliados mujeres con más de 750 semanas a dicha calenda puedan trasladarse de fondos de pensiones, esto no inhibe la decisión adoptada por el despacho. Dado que el traslado, es una posibilidad que se materializa como una medida administrativa propia de los fondos de pensiones, mientras tanto el proceso judicial persigue dejar sin efecto de la afiliación al RAIS por incumplimiento de los presupuestos mínimos del traslado, particularmente el consentimiento informado que afecta la libertad de afiliación. Por lo tanto, al tratarse de figuras jurídicas diferentes e

independientes, cada afiliado queda en libertad de a escoger si solicita el traslado con fundamento de la nueva norma de actividad de pensiones o seguir adelante con los procesos judiciales que iniciaron antes de la vigencia de dicha norma En todo caso, advirtió que, en este caso, la demandante no manifestó su intención de desistir y acogerse a la opción novísima de traslado.

En lo que refiere al llamamiento en garantía realizado por Colfondos a Allianz Seguros S.A, explicó que aquel se fundamenta en la existencia de un seguro para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados. En ese sentido, dado que la consecuencia de la ineficacia de traslado incluye que el traslado de los gastos de administración, se aclaró que la devolución de esos conceptos debe provenir de la entidad mas no de la aseguradora, dado que la asegurado corrió con cualquier contingencia que pudo haber surgido a raíz de la existencia del seguro previsional. Por lo anterior, declaró probada la falta legitimación en la causa a favor de la aseguradora.

En audiencia del 5 de noviembre de 2024, el despacho corrigió la sentencia de manera aritmética para determinar que la sociedad vinculada como llamada en garantía es Allianz Seguros De Vida S.A. para todos los efectos pertinentes[7],

4. La apelación

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de **Colfondos S.A., Porvenir S.A y Colpensiones** formularon recurso de apelación:

4.1. Porvenir S.A.[8]

La parte apelante solicita se revoque el fallo proferido. Esta solicitud se fundamenta en diversos argumentos.

En primer lugar, considera que la sentencia de primera instancia resulta violatoria de aspectos procesales esenciales, porque según el artículo 167 del Código General del Proceso, la inversión de la carga de la prueba, si bien es una facultad del juez, debe realizarse bajo reglas claras. Dicho artículo establece que, esta inversión solo puede decretarse en el momento de la apertura del período probatorio o, a más tardar, antes

[7] 41 ActaAudiencia143 pdf.
[8] Archivo 29ActaAudienciaTramiteJuzgamiento01920220050800, minuto 01:05:30 a 01:12:05

de proferir sentencia de primera instancia. No obstante, en este caso, el despacho solo realizó dicha inversión al momento de fallar, lo que impidió que la parte representada pudiera oponerse oportunamente, restringiendo su derecho a la contradicción y defensa.

Con base en lo anterior, sostiene que la carga de la prueba debía mantenerse en su configuración original, correspondiendo al demandante la acreditación de los supuestos fácticos de la demanda. Sin perjuicio de ello, la parte representada sí cumplió con su deber de información. En este sentido, se resalta que el formulario de afiliación, evidencia que la demandante recibió información suficiente sobre el régimen de ahorro individual, incluyendo aspectos como los bonos pensionales. Adicionalmente, dicho formulario demuestra que la demandante diligenció la sección de beneficiarios, lo que denota su comprensión del sistema de pensiones.

Así mismo, se solicita que el Tribunal aplique la sentencia SU107 de 2024 de la Corte Constitucional, en la cual se redefinen los parámetros de la carga de la prueba, aspecto que en el presente caso fue erróneamente abordado en primera instancia. Esta decisión también destaca la relevancia del formulario de afiliación y de los traslados horizontales entre Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), los cuales fueron realizados por la demandante aun cuando tenía la posibilidad de retornar a Colpensiones. Lo anterior constituye un acto de relacionamiento con el sistema de ahorro individual, elemento que la Corte Constitucional ha considerado determinante.

Por otro lado, se solicita la aplicación de las disposiciones recientes de la Corte Constitucional sobre los efectos de la ineficacia, específicamente en lo relativo a la improcedencia de condenas por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional, dado que la sentencia de primera instancia impuso estas condenas sin considerar que dichos conceptos cumplieron su propósito durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Porvenir S:A., garantizando la administración de sus recursos y la cobertura de riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Además, se advierte una vulneración al principio de congruencia, ya que la demanda únicamente solicitaba la declaratoria de ineficacia, sin incluir expresamente una condena por gastos de administración o primas de seguro previsional. En consecuencia, la decisión de primera instancia excede lo pedido en la demanda,

configurándose un fallo ultra y extrapetita. Conforme al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las facultades del juez en este sentido solo se activan frente a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, sin contemplar expresamente estos gastos.

Finalmente, se resalta que durante la fijación del litigio no se incluyó el reconocimiento de gastos de administración o primas de seguro previsional como problema jurídico a resolver. La omisión de este aspecto en el debate procesal refuerza la improcedencia de la condena impuesta en primera instancia.

Por todas estas razones, la parte apelante considera que el fallo impugnado no respeta el debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, y solicita su revocatoria.

4.2. Colpensiones[9]

La parte apelante solicita que se revoque la decisión de primera instancia, considerando que las demandantes se encuentran en impedimento legal para realizar el traslado entre regímenes pensionales, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Menciona que aceptar a la demandante dentro del Régimen de Prima Media (RPM), representaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, ya que Colpensiones tendría que reconocer pensiones vitalicias sin haber administrado los recursos que las demandantes aportaron para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Esto implicaría una carga financiera desproporcionada para la entidad, que no gestionó dichos fondos durante el período de afiliación de las demandantes al régimen de ahorro individual.

Así mismo, del análisis de las pruebas aportadas en la oportunidad procesal respectiva, no se logró demostrar que la demandante hubiese sido inducida a error o que su consentimiento hubiera sido viciado. Sus afirmaciones se limitan a sostener que desconocían las características del régimen de ahorro individual y que no recibieron información suficiente al respecto. Sin embargo, en los formularios de

[9] Archivo 29ActaAudienciaTramiteJuzgamiento01920220050800, minuto 01:12:12 a 01:19:00

afiliación suscritos, se expresa de manera clara que su voluntad fue libre y espontánea.

Por otra parte, en caso de que se mantenga la decisión de ordenar el ingreso de las demandantes a Colpensiones dentro del RPM, se solicita al Tribunal tener en cuenta que, en el interrogatorio de parte, se informó que la entidad no tuvo ninguna injerencia en su decisión de trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionalmente, se enfatiza que Colpensiones no podía allanarse a las pretensiones de la demanda, dado que los contratos de afiliación suscritos por la demandante se presumen válidos y revestido de legalidad. En este sentido, la condena en costas no debe proceder, considerando los argumentos expuestos.

En virtud de lo anterior, la parte apelante solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

4.3. Colfondos S.A.

En su recurso de alzada solicita la revocatoria de la sentencia emitida con base en los siguientes argumentos, en primer lugar, se reitera que la demandante no ejerció su derecho de elección del régimen pensional conforme al artículo 3, literal D, de la Ley 1314, y que, según las pruebas allegadas al expediente, incluyendo el interrogatorio de parte practicado a la demandante, el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre y voluntaria, en la cual expresaron su voluntad a través de su firma en los formularios de afiliación, de conformidad con la normativa vigente al momento de su traslado. En consecuencia, no existieron vicios del consentimiento, tales como dolo, fuerza o error, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente.

Por otro lado, se advierte que la sentencia apelada no aplicó correctamente la Sentencia SU-107 de 2024. Dicha decisión eliminó la carga desproporcionada impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en materia probatoria, estableciendo que corresponde a los demandantes acreditar los hechos y normas jurídicas en los que basan sus pretensiones. En ese sentido, el formulario de afiliación debió ser valorado como prueba dentro del proceso conforme a las reglas de la sana crítica.

Así mismo, se resalta que Colfondos suministró toda la información necesaria para la toma de decisión sobre el régimen pensional, tanto a la señora Santa como a la señora Marta, hecho que quedó consignado en los formularios de afiliación. Además, antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2015, no existía una obligación legal para las AFP de realizar proyecciones pensionales al momento del traslado.

En consecuencia, condenar a la AFP con base en normas promulgadas con posterioridad al traslado implicaría una aplicación retroactiva de la ley, lo cual está expresamente prohibido por la legislación colombiana, que establece el principio de aplicación inmediata y general de las normas sin efectos retroactivos.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que la sentencia apelada vulnera lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2955 de 2010, el cual regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado, limitándolos a los saldos en unidades de valor, los aportes realizados en la cuenta individual del afiliado y los recursos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS. La norma no contempla en ningún caso la devolución de gastos de administración o de primas de seguros previsionales.

Finalmente, solicita que el Tribunal tenga en cuenta que la Sentencia SU-107 de 2024 prohíbe expresamente que, aun cuando se declare la ineficacia del traslado, se condene a las AFP a devolver las primas de seguro, los gastos de administración o los aportes destinados a la garantía de pensión mínima. Estos rubros no son susceptibles de ser trasladados en caso de declaratoria de ineficacia, como lo ha señalado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades.

Por lo anterior, la parte apelante solicita al Tribunal Superior de Cali que se revoquen las sentencias de primera instancia, se absuelva a Colfondos de todas las pretensiones de las demandas y, en consecuencia, no se le impongan condenas en costas.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Tras admitirse los recursos y correrse traslado de los alegatos de conclusión, **la demandante**[10]**, Allianz Seguros De Vida S.A** [11] **y Porvenir S.A.**[12]**,** presentaron los correspondientes escritos dentro del término legal oportuno, por su parte **Colpensiones**[13]**,**, presentó alegaciones finales de forma extemporánea y las demás partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

11. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. y Porvenir que retornen a Colpensiones los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados a costa de sus propios recursos?

1.3 ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?

2. Respuesta a los interrogantes

2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Corresponde a los fondos privados demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba

[10] Archivo 05 Alegatos Demandante Cuaderno Tribunal pdf.
[11] Archivo 07 Alegatos Allianz Cuaderno Tribunal pdf.
[12] Archivo 06 Alegatos Porvenir Cuaderno Tribunal pdf.
[13] Archivo 08 Alegatos Colpensiones01720230029901 pdf.

su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.1.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

La libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al

sistema de protección social, tienen el: "*deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*", premisa que implica dar a conocer: "*las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes*", como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales **(CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).**

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó que: "*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*" y que el acto de traslado: "*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*".

Sobre la inversión de la carga de la prueba, esto es, a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó la Sala de Casación Laboral que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Por su parte, en sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional indicó:

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

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

***(i)** Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.*

***(ii)** Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones…*

***(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… 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)** …corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios.*

…

***(vi)** Igualmente, los testimonios pueden ser fundamentales.*

> ***…(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 los dos criterios de las altas cortes se permite la utilización de la inversión de la carga probatoria como medio para decidir si se prestó la información debida al afiliado antes de que se surtiera el traslado. En el caso de la Corte Constitucional, señala que este es el último recurso al que debe acudir el juez, cuando de los elementos probatorios no sea posible concluir sobre su existencia o inexistencia y después de agotarse las posibilidades probatorias de las partes y del juez.

La Sala de Casación Laboral señala que corresponde a la entidad demandada demostrar que existió la debida información en virtud de la inversión de la carga probatoria, no obstante, no por ello ha dejado de analizar todos los elementos probatorios a fin de definir el caso a favor del RAIS. Para la Sala de Casación Laboral, con la inversión de la carga probatoria no se consagra una responsabilidad objetiva en todos los casos de traslado de régimen de pensiones. En definitiva, para una y otra Corte se debe analizar todo el material probatorio allegado al expediente para efectuar la conclusión en uno u otro sentido.

Así las cosas, conforme a los lineamientos de las cortes, para determinar si está demostrado que la AFP del RAIS suministró la información necesaria para que el traslado de régimen pensional se haya dado con conocimiento de todas las implicaciones que ello conlleva, debe efectuarse la valoración de todos los medios probatorios en su conjunto, sin que la sola firma del formulario sea una prueba de ello. Pudiendo, en todo caso, acudirse a la inversión de la carga de la prueba cuando los medios probatorios no permitan una conclusión definitiva en uno u otro sentido.

2.1.2 Caso concreto

Se desprende de la historia laboral de Colpensiones[14]; de la certificación de

[14] Archivo 28 Expediente Administrativo Archivo01GRP-SCH-HL-66554443332211_2646-20231017040232

Asofondos[15] aportada por Colfondos S.A.; de la Historia Laboral consolidada de Porvenir S.A.[16] y la historia laboral de Colfondos S.A. [17], que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM desde el 11 de noviembre de 1974
b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: la accionante se trasladó efectivamente del Régimen de Prima Media desde el 10 de julio de 1996, con destino a la AFP Colfondos S.A, posteriormente suscribió formulario de afiliación a Porvenir SA el cual se hizo efectivo el 24 de junio de 1997. Después, el 16 de octubre de 1997, se trasladó nuevamente a Colfondos S.A. Finalmente se trasladó a Porvenir S.A., mediante formulario del 26 de julio de 1999 en la cual permanece afiliada actualmente.

USUARIO: CFCAUTOMATIZA | CUENTA DE AUTOMATIZACION

Afiliados + Personas + Aportantes + Pagos + Estadisticas + Entrega HL al RPM + Documen

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:45:07 AM
Afiliado: CC 31476859 SANDRA PATRICIA DAZA GOMEZ

Vinculaciones para : CC 31476859

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de afiliatividad	Fecha fin de afiliatividad
Traslado regimen	1996-07-10	2009/03/13	COLFONDOS COLPENSIONES			1996-09-01	1997-07-31

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31476859

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-07-10	1998-05-15	56	TRAS. RECHAZ.POR NO SOPORTE FISICO	COLFONDOS	PORVENIR
1996-07-10	1996-09-11	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1997-06-24	1999-11-30	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
1997-06-24	1998-04-21	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	COLFONDOS
1997-10-16	1997-10-20	03	TRASLADO DE SALIDA	COLFONDOS	PORVENIR
1999-07-26	1999-09-06	07	TRASLADO DE ENTRADA	PORVENIR	COLFONDOS
1999-07-26	1999-08-18	03	TRASLADO DE SALIDA	COLFONDOS	PORVENIR

7 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

En la demanda se afirma que Colfondos S.A. no le dio la suficiente información para decidir trasladarse de régimen pensional.

La actora en su interrogatorio de parte[18] manifestó que su traslado al régimen de ahorro individual lo hizo en el año 1996, con Colfondos, para ese tiempo las empresas privadas a través de sus asesores, le informaron que eran mejores sus rendimientos y por eso se pasó al fondo privado. Indicó que la afiliación fue grupal, para ese tiempo ella trabajaba en Emcali, y les vendieron la idea de que les convenía más el Fondo privado que estar en Colpensiones, porque el fondo pensional era más sólido. Agregó que no tuvo mas asesorías por parte del Fondo.

Respecto de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., ellas estando en una mejor posición para hacerlo, no demostraron haber brindado a la demandante la información necesaria

[15] Folio 125 Archivo 23ContestacionColfondos pdf.
[16] Folio 2Archivo 02 Anexos pdf.
[17] Folio121 al 123 Archivo 23ContestacionColfondos pdf.
[18] Archivo 28GrabaciónAudienciaTramiteJuzgamiento01920220050800, Min 00:16:15 a 00:34:20

para llevar a cabo el traslado de régimen. Información en aspectos tales como: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc. (SU – 107 de 2024).

A tal punto, que ni siquiera fue allegado el formulario de afiliación suscrito por la actora dentro del régimen de ahorro individual, demostrando aún más, la falta de diligencia en las administradoras de fondo de pensiones en su deber de asesoría. A su turno, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

En cuanto a los traslados horizontales, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

2.2. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. y Porvenir SA que retornen a Colpensiones los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a costa de sus propios recursos?

La respuesta es **positiva. Colfondos S.A.** debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, y bonos pensionales. Asimismo, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados.

De igual forma, a **Porvenir S.A**. le corresponde el traslado total del porcentaje destinado a los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con

cargo a su propio patrimonio, por el período en el que la accionante estuvo afiliado a esa AFP y que aún no haya trasladado.

2.2.1 De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Colfondos S.A. asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852; SL2877-2020 del 29 de julio de 2020).

Finalmente, es procedente ordenar la devolución del porcentaje destinado a constituir al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (SL2601-2021) y **seguros previsionales (**SL3202-2021 y SL3035-2021), conforme lo ha definido el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada (SL3199-2021).

Ahora, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 107 de 2024 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 la sala mayoritaria, 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.

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.

De acuerdo a lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia ordenó el traslado de los aportes rendimientos financieros, bonos pensionales, frutos, intereses y las cuentas de rezago, además de los gastos de administración que comprende la cuota de administración pagos de seguros provisionales, aportes al fondo de Pensión de garantía mínima, estos últimos tres rubros administrativos deberán ser reintegrados de manera indexada y por todo el tiempo que perduro la afiliación de la demandante al RAIS, sumas que deberán ser discriminadas por ciclos, periodos de cotización, IBC-

Sin embargo, se adicionará a la sentencia que los gastos de administración deberán ser reintegrados por las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual con cargo a su propio pecunio.

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Su imposición está atada a la oposición de las pretensiones de la demanda y a las resultas del proceso, ya que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de estas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a la entidad demandada, toda vez que en la contestación de la demanda hubo oposición a las pretensiones de la demanda.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a **Colfondos S.A., Colpensiones EICE y Porvenir S.A.** en favor de la demandante, pues no salió avante su alzada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera 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 TERCERO de la sentencia apelada y consultada para **ORDENAR** a **Porvenir SA y Colfondos S.**A., que los gastos de administración que incluyen la cuota de administración, pagos de seguros provisionales y aportes al fondo de Pensión de garantía mínima, deberán reintegrarse a costa de su propio pecunio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a **Colfondos S.A., Colpensiones EICE y Porvenir S.A**. y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

CUARTO: Notifíquese por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Salvo voto parcial

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Firma para fines judiciales
MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Salvo voto frente a las costas a cargo de COLPENSIONES

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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

Se analizó el punto en los siguientes términos:

> "En relación con estas 25 modalidades de devolución, es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. **Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron**.[19]
>
> De acuerdo con la naturaleza de las primas de seguros y el riesgo que amparan hacen que mes a mes se pague el respectivo seguro para cubrir ya sea el riego de invalidez o de muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, la Corte recordó que en relación con la distribución de la cotización obligatoria que del 16% que la compone, la Administradora de Fondos Pensionales que corresponda deberá destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. …
>
> En cuanto a los gastos de administración, si bien no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, esta Corte ha expresado frente a los mismos gatos de administración en salud *"que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los*

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

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."[20]…

Por su parte, en la Sentencia C-687 de 2017 la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad de un ciudadano que alegaba que la imposición de la contribución para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima -FGPM- desconocía el derecho a la seguridad por cuanto dicha financiación no era retribuida al afiliado constituyendo una especie de enriquecimiento sin causa. Pese a que la Corte se declaró inhibida, dentro de las razones esgrimidas se destaca que la cotización en el RAIS no solo tiene por destino nutrir la cuenta de ahorro individual sino también nutrir un componente de solidaridad. Incluso, en las pruebas recaudadas se constató que con los recursos del FGPM *"han sido reconocidas 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima."*[21]

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.[22]

…

[20] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.
[21] *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2017.
[22] De hecho, la propia Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha advertido que si bien la regla general es que cuando se declara la ineficacia de un negocio jurídico lo que corresponde es "*retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre*)" (*Cfr*., Sentencia SC4654-2019, donde se citó la Sentencia SC3201 del 9 de agosto de 2018), ello no debe ocurrir así siempre. En algunas ocasiones, no es posible realizar dicha restitución. En la providencia en cita se afirmó que "*[c]omo el vicio invalidante se produce en el origen o conformación del negocio, es natural que la invalidez se retrotraiga a ese instante, desapareciendo todos los efectos que pudo haber producido desde entonces. Esta retroactividad se da en las relaciones de los contratantes entre sí, o bien respecto de terceros, siempre que hayan sido parte en el proceso. // Entre las excepciones está lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política)" (Ibid.).* Por las razones expuestas en esta providencia, se advierte que la restitución que dispone la Corte Suprema de Justicia es sumamente compleja. Al tiempo, no podría ordenarse, por ejemplo, a las aseguradoras que han recibido la prima con el objeto de cubrir pensiones de invalidez o de sobrevivientes, restituir esos dineros. Esto último porque en la inmensa mayoría de casos, aquellas no han hecho parte del proceso judicial que declara la *ineficacia* del traslado y, por tanto, dicha declaratoria les es inoponible.

En suma, la tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la declaratoria de la ineficacia no afecta la sostenibilidad financiera del RPM porque los aportes recibidos por el RAIS deben ser devueltos, comporta algunas complejidades. Esto por tres razones: *(i)* porque desconoce que el valor de los aportes devueltos es, de ordinario, insuficiente para financiar una mesada con un IBC elevado; *(ii)* porque desconoce las importantes razones, de orden técnico y financiero, que tuvo el legislador para imponer el límite de los 10 años a los traslados entre regímenes y, *(iii)* por más que se declare que por conducto de la ineficacia el tiempo se devuelve al día del traslado ello es materialmente imposible, pues el afiliado en el RAIS durante muchos años o incluso décadas se benefició de la administración de su pensión, su capital obtuvo rendimientos, pudo hacer aportes voluntarios, se pagaron primas para los riesgos de invalidez y muerte, entre otras situaciones consolidadas.

…

Reglas de decisión

Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la *nulidad* y a la *ineficacia* del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos (supra 220 y ss). Y**, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss).**" (negrillas propias)

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

"**OCTAVO.- EXTENDER**, con efectos *inter pares* y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de

casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. ”

Sobre los efectos inter pares sostuvo:

“En pocas palabras, por medio de la figura de los efectos *inter pares,* aplicado recientemente en la Sentencia SU-543 de 2023, esta Corte pretende materializar el principio de la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual, “[t]*odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”.[23] En efecto, si un número importante de personas se encuentra en una situación equiparable, no habría razón para tratarlas de manera diversa ya sea en sede de la justicia ordinaria, o en sede de tutela. Ello con independencia de que esas personas hubiere, o no, hecho parte de una determinada acción de tutela.

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

c. Reglas de unificación a aplicar con efectos inter pares

Como se pudo comprobar en la audiencia pública y en el recaudo de pruebas, actualmente existe un alto número de litigios en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en los cuales se solicita la declaratoria de la *ineficacia* de traslados. Igualmente, puede que con posterioridad a la notificación de esta providencia se inicien nuevos procesos judiciales con características similares. Por ello, la Corte señalará en la parte resolutiva de esta sentencia, las precisiones sobre el alcance del precedente (supra 327) y las

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

directrices probatorias (supra 328 y 329) que habrán de ser aplicadas directamente en los procesos en curso de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así como también en aquellos litigios que se susciten ante los jueces de tutela.”

Conforme a lo anterior y a la manifestación expresa en la parte resolutiva sobre los efectos inter pares de las reglas de decisión contenidas en la sentencia referida, y con apego a los derechos de igualdad y debido proceso, en el presente caso resultaba admisible acceder a lo indicado por las AFP del RAIS apelantes, para revocar el reintegro de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

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.*