



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
Sala Laboral

REFERENCIA : Sentencia de Segunda Instancia
PROCESO : Ordinario Laboral
DEMANDANTE : Teresa de Jesús Rico García
DEMANDADOS : Colfondos S.A. y Colpensiones
LLAMADA GARANTÍA : Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., Allianz Seguros de Vida S.A., Compañía de Seguros Bolívar S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
PROCEDENCIA : Juzgado 1º Laboral del Circuito de Rionegro
CUNR : 05 615 31 05 001 2023 00263 01
RDO. INTERNO : SS-8619
DECISIÓN : Revoca parcialmente y confirma en lo demás

Magistrados Ponente: Dr. WILLIAM ENRIQUE SANTA MARÍN

Medellín, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024). Diez (10:00) horas

En esta oportunidad y de conformidad con el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, provee el Tribunal sobre los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Rionegro, el veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), dentro del proceso ordinario laboral promovido por TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA, en contra de las recurrentes, trámite al que se vinculó a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; el cual además se revisará por la vía del grado jurisdiccional de consulta, en virtud de la condena que contiene contra COLPENSIONES.

AUTO

En atención al memorial que se recibió en el correo electrónico de la Secretaría de la Sala, se acepta la renuncia presentada por el Dr. GUILLERMO GARCÍA BETANCUR, quien viene actuando en calidad de apoderado judicial de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; adviértasele que la renuncia solo pone fin al mandato, cinco (5) días después de presentada; lo que ocurrió el 20 de junio de 2024, acompañada de la comunicación

enviada a su poderdante en dicho sentido, por lo que surte efectos a partir del 28 de junio del corriente año, todo al tenor del inciso 4° del artículo 76 del CGP.

La Sala, previa deliberación del asunto según consta en el acta N° 237 de discusión de proyectos, acogió el presentado por el ponente el cual se traduce en la siguiente decisión.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante que, tras la declaración de ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., se condene a esta última a devolver a COLPENSIONES, los aportes y rendimientos que conforman su cuenta de ahorro individual, sin descuento por cuotas de administración; ordenar a COLPENSIONES, tener como válida su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad; y además, se condene a las entidades demandadas al pago de las costas del proceso.

En apoyo de sus pretensiones, afirmó como hechos relevantes, que desde abril de 1985 hizo cotizaciones en COLPENSIONES y el 6 de mayo de 1999 solicitó traslado de régimen pensional, a la AFP COLFONDOS S.A.; que en esa fecha le informaron que los fondos privados eran mejores, manejaban mayor rentabilidad y cada día iban a tener mejores condiciones para pensionar a sus afiliados, que el fondo público iba a desaparecer y desmejoraría las condiciones para sus afiliados.

Agregó que, no recibió asesoría completa y veraz, sobre las consecuencias del cambio de régimen, ni frente a su situación pensional, no recibió detalles de la cuenta de ahorro individual, con el fin de tomar alguna determinación de trasladarse de régimen; que por la desconfianza infundada frente al fondo público, no solicitó trasladarse al Seguro Social hoy COLPENSIONES; que el 2 de mayo de 2023 COLFONDOS S.A. le realizó proyección de la pensión, que arrojó que el monto acumulado para la pensión de vejez es insuficiente; que tiene 60 años y cumple con los requisitos para pensionarse en COLPENSIONES, solicitó el traslado de régimen y recibió respuesta negativa el 14 de marzo de 2023.

Las entidades demandadas y llamadas en garantía, fueron notificadas del auto admisorio de la demanda.

COLFONDOS dijo no constarle la afiliación de la demandante al RPM, la densidad de semanas cotizadas y la reclamación ante COLPENSIONES; negó los hechos

relativos a la información que se brindó al momento del traslado; replicando que de manera libre y voluntaria se afilió a dicha AFP, el 27 de abril de 1999, que le informaron las ventajas, desventajas y las características de cada régimen; que no es cierto que hayan informado que el ISS iba a desaparecer y sus condiciones iban a desmejorar, porque sus asesorías se caracterizaban por la honestidad y transparencia; que siempre ha suministrado suficiente información a sus posibles afiliados y al momento de firmar el formulario de afiliación, la demandante manifestó su voluntad de trasladarse, haciendo constar que dicha selección se efectuó de manera libre, espontánea y sin presiones.

Como corolario, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de obligación; no inversión de la carga de la prueba; no existió ningún vicio en el consentimiento al firmar su afiliación; la parte demandante incumplió con su deber de informarse; la AFP COLFONDOS no es poseedora de dineros que se encuentren en las cuentas de ahorro individuales que administra; inexistencia de obligación legal de realizar cálculos comparativos y de guardar dichos documentos; saneamiento de la nulidad relativa a la rescisión de la acción alegada por la parte demandante que fue inducida en error; no puede predicarse que hubo engaño, cuando no se cumplen las expectativas de la parte demandante en la proyección del valor de la mesada pensional, en el Régimen de Ahorro Individual; el error de derecho no vicia en consentimiento; no puede endilgársele a mi representada que engañó a la parte actora cuando hay cambios normativos en la financiación de la pensión, con posterioridad a la afiliación al Fondo de Pensiones; la edad y las semanas cotizadas al RPM, por la parte demandante al momento de su traslado, no eran suficientes para poder determinar si le convenía más el RPM o el RAI; prescripción; pago y compensación; buena fe y excepción genérica.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

COLFONDOS S.A., formuló llamamiento en garantía, frente a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., para que en el evento de emitirse una sentencia en contra de la AFP, se ordene a dichas aseguradoras, devolver los valores recibidos por concepto de seguro previsional, y se condene al pago de intereses o subsidiariamente la indexación y las costas del proceso.

Como hechos relevantes, la AFP adujo que contrató con ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., una póliza de

seguro previsional, en virtud de la cual, se obligaron a pagar a COLFONDOS S.A., la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia a favor de sus afiliados, cuya vigencia va desde el 1 de abril de 1994, al 31 de diciembre de 2000, del 01 de enero del 2001 al 31 de diciembre de 2004, del 01 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2008 y 01 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014; que las pólizas se pagaron con los dineros de las cotizaciones de los empleadores y de los trabajadores independientes que las efectuaron al RAIS, el cual debe distribuirse conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, de los cuales el 10% se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional; el 0.5% al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y el 3% para financiar gastos de administración, primas de reaseguros del Fogafin, y las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia.

Las llamadas en garantía, fueron notificadas del auto admisorio y del llamamiento en garantía.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., al dar respuesta a la demanda, aceptó la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A. y la densidad de semanas cotizadas por ésta en el RPM, y dijo no constarle los hechos, relativos a la información brindada a la demandante al momento del traslado de régimen. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de cumplimiento de los requisitos legales para la afiliación al demandante; inexistencia de vicio en el consentimiento respecto de la afiliación al RAIS; inexistencia de la obligación de COLFONDOS S.A.; obligación de acreditar los supuestos de hecho en que se fundamenta la sanción pretendida e improcedencia de declarar la ineficacia por haberse consolidado el derecho a la pensión de vejez.

Aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza de seguro previsional, invocados en el llamamiento en garantía y adujo que la aseguradora devengó la totalidad de la prima respecto de la demandante, porque asumió el riesgo durante su vigencia, en los términos del artículo 1070 del Código de Comercio; que las aseguradoras no están llamadas a realizar devolución alguna a la AFP, puesto que cumplieron con el contrato de seguro y aún lo hacen, en aquellos siniestros que se presentaron durante la vigencia y que son objeto de reclamación en la actualidad, conllevando a que se entienda devengada la prima en su totalidad. Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y formuló las excepciones de obligación exclusiva de la AFP COLFONDOS S.A. -improcedencia de devoluciones-; inexistencia de la obligación de pago en cabeza de Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. -improcedencia de devolución-; desconocimiento de las obligaciones contractuales; enriquecimiento sin causa e improcedencia de intereses moratorios y/o indexación de la prima.

Por su parte, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., aceptó la afiliación de la demandante al RPM y el traslado RAIS, la proyección realizada por COLFONDOS S.A. y la reclamación administrativa elevada ante COLPENSIONES. Dijo no constarle la densidad de cotizaciones al sistema General de Pensiones, la información brindada al momento del traslado y el cumplimiento de requisitos para acceder a una pensión en el RPM por parte de la demandante. Frente al llamamiento, aceptó que COLFONDOS S.A., suscribió las pólizas previsionales números, 5030 – 0000002 – 01, 02, 03 y 04, las Nro. 6000 - 0000015 – 01, 02 y 03 y 6000 – 0000018 – 01, 02, 03 y 04; las que cubren el capital adicional necesario para financiar las pensiones de invalidez o muerte de los afiliados al fondo, siempre y cuando el origen de la contingencia sea común; que no es cierto que en los casos de ineficacia del traslado de régimen, las aseguradoras estén en la obligación de devolver las primas de seguro previsional; que el fondo es llamado a asumir de sus propios recursos, los efectos adversos del manejo administrativo que le haya dado al traslado de afiliados del RPM, al RAIS; que el fondo actuó con plena autonomía y las aseguradoras se limitaron a otorgar las coberturas que por ley debían, para cubrir los riesgos propios de la financiación de las pensiones de sobrevivientes e invalidez que se llegaren a causar; que el vínculo existente entre las aseguradoras y COLFONDOS S.A. es contractual, en virtud del contrato de seguro y la aseguradora asume unos específicos riesgos y no es cierto que dicha aseguradora esté en obligación de realizar devolución alguna al llamante.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía y para su defensa, frente a la demanda formuló las excepciones de inexistencia de vicios del consentimiento al momento de firma del traslado; buena fe y prescripción y respecto al llamamiento en garantía propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

A su vez, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., dijo no constarle los hechos de la demanda principal, se opuso a las pretensiones de la misma e hizo suyas las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía; afiliación libre y espontánea de la señora Teresa de Jesús Rico García al régimen de ahorro individual con solidaridad; error de derecho no vicia el consentimiento; prohibición del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; buena fe y genérica o innominada.

Respecto a los hechos del llamamiento en garantía, dijo que en la demanda promovida por la demandante contra COLFONDOS S.A. no se solicita la devolución de suma alguna referente a la póliza colectiva de seguro previsional No.0209000001; que no es cierto que la vigencia de la póliza suscrita con COLFONDOS S.A. tenga vigencia por el período señalado, sino que estuvo vigente entre el 02 de mayo de 1994 al 31 de diciembre de 2000 y no le consta lo relativo a las demás aseguradoras; que ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. no concertó entre sus amparos la devolución de las primas pagadas por COLFONDOS S.A. ante la declaratoria de una ineficacia de traslado y conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, los fondos de pensiones son los únicos llamados a responder por las resultas del proceso; que ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., devengó la prima y a su vez, asumió el riesgo futuro e incierto como lo es una eventual pensión de invalidez y/o sobrevivencia, y por ende, no existe obligación de restituir la prima, de conformidad con el artículo 1070 del Código de Comercio.

Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y formuló las excepciones de 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 de que no le asiste derecho a obtener la devolución y/o restitución de la prima; inexistencia de la obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido; inexistencia de la 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 del traslado; la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; la eventual declaratoria de ineficacia del traslado no puede afectar a terceros de buena fe; falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional Nro. 0209000001; prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro y aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido.

COLPENSIONES ofreció respuesta frente a la demanda principal y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., respecto al llamamiento en garantía. Sin embargo, ambas réplicas fueron extemporáneas.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotado el trámite procesal, el Despacho de origen finiquitó la instancia mediante sentencia en la cual declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA, del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad; condenó a COLFONDOS S.A., a trasladar a

COLPENSIONES, la totalidad de los valores recibidos por los empleadores, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y declaró a COLPENSIONES como su aseguradora, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

En síntesis, a modo de motivación, la funcionaria expuso, que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la suscripción del formulario de afiliación y las consignas impresas en el mismo, relativas a que la afiliación es libre y voluntaria, no son suficientes para demostrar que se cumplió con el deber de información; que la demandante afirmó que no se dio una información detallada y comprensible y ante esa negación indefinida se invierte la carga de la prueba y le corresponde a las AFP, demostrar qué información le dieron al usuario en la etapa negocial; que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, han existido tres etapas acumulativas, denominadas deber de información, deber de información, asesoría y buen consejo y deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría; que el traslado de la demandante se hizo efectivo el 1 de junio de 1999, por lo que se le debió informar la diferencia entre ambos regímenes pensionales, cómo se construye la mesada pensional, qué es el bono pensional, la modalidad de la pensión, en qué consiste cada uno, el factor herencia, el derecho al retracto, entre otros y en el caso concreto no se demostró qué información dio la AFP previo a la suscripción del traslado; que si bien, la AFP en sus alegatos asegura que en el fondo lo que se alega es un aspecto netamente económico, observa el despacho que la demandante logró entender cuál es la diferencia entre un régimen y otro, cuando se le pone de presente la proyección de la mesada pensional que le puede comprender en uno y otro régimen, y es cuando se percata de que en efecto, no se le brindó la suficiente información para comprender las implicaciones del traslado de régimen pensional; que si bien es cierto entre los años 2003 a 2004 a través del Decreto 3800 de 2003, se concedió la posibilidad de retornar al RPM, la demandante no confesó que se le haya dado información al respecto, por lo que no hay prueba de que el traslado que efectuó la demandante se hubiere realizado bajo los parámetros de libertad y transparencia mínimos.

Adujo que COLFONDOS S.A., efectuó llamamiento en garantía frente a las aseguradoras, en los términos del artículo 64 del C.G.P., para que se condene a éstas a devolver el porcentaje de las cotizaciones y el pago de seguro previsional, con el fin de que los mismos sean restituidos al régimen de prima media con prestación definida; que se aportaron una serie de pólizas, que si bien no fueron desconocidas por las aseguradoras, el problema jurídico, era lo referente al deber de información que se alega, respecto de las administradoras de fondos de pensiones, a quienes se les ordenó el reintegro de dicha suma, con cargo a sus

propios recursos, porque la omisión fue de las AFP y ninguna intervención o injerencia tuvieron las aseguradoras llamadas en garantía; que como lo dijo el apoderado de Seguros Bolívar, las aseguradoras ninguna injerencia tienen en la información que le suministran las AFP, a los usuarios, afiliados o potenciales consumidores financieros, por lo que desestimó el llamamiento en garantía y condenó en costas a COLFONDOS S.A., a favor de Allianz Seguros de vida S.A., Compañía de Seguros Bolívar S.A., Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

LA APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso y sustentó el recurso de apelación. Discrepó de la condena relativa a recibir los afiliados que judicialmente deben trasladarse al régimen de prima media, sin considerar las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan y asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual no hizo parte.

Sostuvo que la voluntad de la parte actora de emigrar de un régimen a otro, fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual, hecho ajeno a COLPENSIONES, contemplado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal e.

Asevera que, la demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación, no por falta de información, sino por el valor de la mesada pensional que recibirá en cada uno de los regímenes pensionales; que no existe una mala asesoría por parte de los fondos privados, sino que la demandante no está conforme con la posible mesada pensional que podría obtener en este régimen, no siendo eso una causal de ineficacia o nulidad del traslado de régimen.

Refiere que, se afirma que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento y que, de haber recibido suficiente información, sobre las ventajas y desventajas, no habría aceptado el traslado, sin embargo, también se debe exigir a la parte demandante, un cuidado en la toma de decisiones y ésta nunca se acercó a COLPENSIONES a solicitar información adicional, por lo que debe revocarse la condena impuesta frente a COLPENSIONES.

Sostiene que en el evento de acceder a las pretensiones y condenar al traslado, se revoque la condena en costas, dado que la orden de recibir el valor de los aportes de

la demandante y reactivar su afiliación al RPM son la consecuencia de la declaratoria de ineficacia; que no le era exigible otra conducta, antes de la declaratoria de ineficacia, pues no es autoridad judicial; que si bien el artículo 365 del CGP establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, la litis se originó por cuanto la AFP del RAIS, no cumplió con su deber de dar una debida información a la demandante sobre su traslado de régimen pensional; que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico, y en razón de ello, no puede ser beneficiado, ni perjudicado por el acto jurídico celebrado entre las partes.

Por su parte, la apoderada de COLFONDOS S.A., discrepó de la sentencia, en cuanto a la ineficacia del traslado, pues en su sentir, la AFP siempre ha obrado de buena fe, no se evidenció un vicio del consentimiento o que a la demandante se le hubiese forzado a suscribir un formulario de afiliación, no hizo uso de retracto, siempre tuvo la postura de que estaba en un fondo privado dado que el ISS en algún momento puede desaparecer y no solicitó información ante dicha entidad.

Sostuvo que si bien existe una línea jurisprudencial que busca proteger a los afiliados, debe anotarse que los gastos de administración son procedentes dado que en cualquiera de los dos regímenes se cobra una comisión del 3% por lo que no se destina a financiar la pensión de vejez, y su devolución no afecta el monto de la pensión que recibirá el afiliado en el régimen de prima media; que cuando la AFP devuelve gastos de administración, éstos no llegan al afiliado, sino que ingresan al patrimonio de COLPENSIONES, por lo que no puede considerarse que dicho pago indemniza un supuesto perjuicio que sufrió el afiliado.

Concluyó indicando que, frente a la condena relativa al a indexación de las sumas, se tenga en cuenta que dicha entidad actuó bajo el principio de buena fe, nunca tuvo la intención en desconocer a sus afiliados los derechos que tienen y siempre estuvo al margen de mantenerlos informados.

Concedidos los recursos, el expediente fue remitido a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, Corporación que a través del suscrito Magistrado avocó el conocimiento y corrió traslado para presentar alegatos por escrito, del cual hicieron uso oportuno los apoderados de COLPENSIONES, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., SEGUROS BOLÍVAR S.A., y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., así como el apoderado de la demandante.

La apoderada judicial de COLPENSIONES reiteró los argumentos expuestos en la impugnación y agregó que la Corte Suprema de Justicia sin atender las

situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de afiliarse al RAIS; que el deber de información fue consagrado en el Decreto 663 de 1993, posteriormente por la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y por último en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; que si dicha información no fue suministrada por la AFP, sería esta la directamente implicada en el reconocimiento de la prestación económica y no COLPENSIONES; que en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, se ordene a la AFP a devolver todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, debiéndose realizar en forma indexada tal como se dispuso en las sentencias 68838 de mayo 8 de 2019, SL 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019.

Por su parte, el apoderado judicial de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., solicita confirmar la sentencia por cuanto COLFONDOS S.A. pagó una póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, a través de la cual dicha aseguradora se obligó a pagar la suma adicional que cubre las eventuales pensiones que se causen a favor de los afiliados del fondo desde el 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004; que dicha aseguradora asumió el riesgo de invalidez y muerte para cada uno de los afiliados del fondo, durante la vigencia de la póliza; que el seguro previsional consagró un riesgo frente a todos los afiliados de la AFP y no solo frente a la demandante, que dicho contrato es de tracto sucesivo y el riesgo se asume día a día y percibe la correspondiente prima mientras la cobertura a dichos riesgos esté vigente; que la conducta indebida de la sanción jurídica de la ineficacia solo se le atribuye a COLFONDOS S.A., toda vez que para la etapa previa a la afiliación, el asegurador previsional no tiene ninguna injerencia, por lo que la sanción impuesta a ésta no puede ser extensiva a la aseguradora; que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el traslado y sus consecuencias, deben ser asumidos por el Fondo de Pensiones con cargo a sus propias utilidades.

De igual forma, el apoderado de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., adujo que dicha aseguradora fue convocada por parte de COLFONDOS S.A. para responder por las primas de seguro previsional que pagó; que la A quo declaró la ineficacia del traslado de la demandante y ordenó a COLFONDOS S.A. reintegrar la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, con los frutos, rendimientos financieros, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aporte al fondo de garantía de pensión

mínima, y negó el llamamiento en garantía formulado por COLFONDOS S.A., por lo que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

De igual manera, el apoderado judicial de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., reasumió el poder y sostuvo que COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES no formularon ningún reparo en relación a la absolución del llamamiento en garantía, por lo que en virtud del principio de consonancia, se solicita pronunciarse únicamente frente a los puntos objeto de apelación; que se logró probar la inexistencia de la obligación de restituir la prima del seguro previsional, al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido; la inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora, por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia y además se probó que la declaratoria de ineficacia no puede afectar terceros de buena fe.

A su vez, el apoderado de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., adujo que el seguro previsional suscrito entre la aseguradora y la AFP, cubre determinados riesgos, que se concretan a pagar básicamente el capital adicional necesario para financiar las pensiones de sobrevivientes o invalidez por enfermedad o accidente de origen común, durante su vigencia, así como el auxilio funerario por el fallecimiento de sus afiliados; que mediante la figura del llamamiento en garantía, se vincula al proceso a terceras personas que respondan total o parcialmente las pretensiones que se demandan, siempre y cuando exista entre el llamante y el llamado, un derecho legal o contractual que obligue a aquel; que si bien, existe un vínculo contractual no legitima al fondo a demandar a la aseguradora para solicitar la devolución de las primas pagadas con cargo a las pólizas previsionales suscritas por la aseguradora; que en la sentencia SL 2952 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indica que la obligación de los fondos en estos casos, es devolver las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado, lo que no implica que todas las actuaciones del fondo sean nulas; que en sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 17421 de 2019 y SL 1668 de 2019 señalan que en los eventos en los que se declara la ineficacia de régimen pensional, las restitución de los gastos de administración están a cargo de las AFP, con cargo a sus propios recursos.

Por último, el apoderado de la parte demandante, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., no lograron probar lo alegado en la contestación de la demanda; que COLFONDOS S.A. no brindó información completa y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen, no informó las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; no se logró demostrar que la demandante tomó una decisión de traslado con la suficiente

información para discernir si le era mejor trasladarse; que en los términos de la sentencia SL 81597 de 2021, debe existir una voluntad informada previo al traslado.

Tras el anterior recuento, entra ahora la Sala a tomar la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

Desde una doble perspectiva, la Sala revisará el fallo reseñado, en virtud del recurso de alzada invocado por los voceros judiciales de COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES y por vía del grado jurisdiccional de consulta, frente a esta última administradora, establecido entre otros, para cuando el fallo contenga condenas a cargo de entidades descentralizadas, en las que la Nación sea garante, según las voces del art. 69 del CPT y SS.

En virtud del artículo 66A ídem, que consagra el principio de consonancia, en primer término, el tema de decisión en esta sede se limitará a los puntos objeto de impugnación y que tienen que ver con determinar: i) si están dados los supuestos para declarar la ineficacia del traslado que TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA realizó del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. ii) si como consecuencia de la ineficacia del traslado dispuesto por la A quo, COLFONDOS S.A. está obligada a devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración y la indexación de las sumas que debe restituir; iii) si hay lugar a que COLPENSIONES reciba a la demandante como su afiliada y iv) si era procedente la condena en costas en contra de ésta última.

Y por vía de la consulta se examinará, si el fondo público está en la obligación de recibir todos los valores a los que fue condenada la AFP COLFONDOS S.A.

Ahora sí, entrando en materia, la Sala constató que la demandante satisfizo el requisito de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES exigido en el art. 6° del CPTSS, según quedó acreditado con el escrito radicado ante dicha entidad y la respuesta que ésta emitiera en su momento, documentos que reposan en el expediente digital (archivo 02 folios 22 a 23).

En punto a la inconformidad de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, esto es, que en su sentir, el traslado del RPM al RAIS que hizo la demandante era eficaz y producía efectos jurídicos, debe indicarse que la Ley 100 de 1993, en materia pensional,

pretendió recoger la pluralidad de regímenes de pensiones y adoptó como regla general dos sistemas excluyentes; conservó el régimen solidario de prima media con prestación definida que para entonces administraba el ISS, y junto a él creó el régimen de ahorro individual con solidaridad; mientras el primero garantiza el pago de la pensión cuando se cumpla con la densidad de cotizaciones y la edad, con cargo a los aportes que se hacen a un fondo común de naturaleza pública, en el segundo se concibió el aporte de cada afiliado y sus rendimientos financieros, acumulados en cuentas individuales, con las cuales se pagaría la pensión siempre que su monto permita sufragar una mesada superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, sin importar la edad.

Ahora bien, de conformidad con los literales b) y c) del artículo 13 de la Ley en cita, los afiliados al sistema general de pensiones podrían escoger el régimen de pensiones que prefieran, la selección de uno cualquiera de ellos debe ser libre y voluntaria, pues el desconocimiento de este derecho por el empleador o por cualquier persona natural o jurídica, amén de la sanción pecuniaria a que se expone, hará ineficaz la afiliación pudiendo realizarse en forma libre y espontánea, por parte del trabajador, tal como lo prevé el art. 271 de la citada Ley 100.

El elemento volitivo: decisión libre y espontánea, como requisito de validez de la elección del sistema, pero sobre todo del traslado, lo reitera el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que en tratándose de un acto de traslado de régimen pensional, tampoco aplica la presunción propia del derecho privado, de que dicho acto estuvo ajustado a la ley, de que la emisión de la voluntad estuvo exenta de vicio, que ella puede deducirse con certeza de la firma que el afiliado impuso en el formulario de traslado, y que para dejar sin efecto tal decisión, le incumbe, probatoriamente a él, acreditar los hechos constitutivos de error, fuerza o dolo que concurrieron en su emisión de voluntad.

En su lugar, debe aplicarse la carga dinámica de la prueba, en el sentido de que a las AFP les incumbe acreditar que suministraron al afiliado información completa y transparente, que lo instruyeron no solo acerca de los beneficios del régimen a que se pretende trasladar, sino además que le deben poner de presente las desventajas de abandonar el régimen de prima media con prestación definida, para que al modo de un consentimiento debidamente informado, el afiliado pueda tomar una decisión en forma voluntaria, libre y espontánea; de modo que, si tal ilustración detallada no ocurre, se violenta el derecho que tiene la persona a la libre elección, y por tanto este acto jurídico carecerá de eficacia, según lo previó el legislador.

Respecto del momento a partir del cual, es exigible el deber de información a las AFP, en la sentencia SL1006-2023 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rememoró la sentencia SL1688-2019, en la que puntualizó, que el deber de información que le asiste a las AFP, les es exigible desde su creación y en virtud de ello, debían brindar a los posibles afiliados, información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las diferentes opciones del mercado, así lo expuso la Corte:

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En esta misma línea de análisis, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-107 del 9 de abril de 2024, se refirió precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la forma como se debe probar el consentimiento informado y resaltó que entre 1993 a 2009, la información que se exigía a las AFP, comprendía comunicar las características del régimen al que la persona pretendía trasladarse y que desde la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo, que siempre que se indique en una demanda una AFP no informó sobre las consecuencias de un cambio de régimen pensional, le corresponde ésta demostrar que sí se brindó la misma, regla jurisprudencial que sentir de la Corte Constitucional *“aparte de desbalancear la actividad probatoria de las partes, se desconoce que el juez es el director del proceso judicial, se afecta la autonomía e independencia de este para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes y se altera la regla acerca de la apreciación y valoración de las mismas conforme a la sana crítica”*.

En virtud de ello, la Alta Corporación, con el fin de modular o flexibilizar el aludido precedente, dispuso que en los procesos en los que se pretenda declarar la ineficacia del traslado, deben tenerse presente las reglas referidas al debido proceso y en virtud de ello, el Juez debe acudir a las facultades que tiene como director del proceso y concluyó, que la

inversión de la carga de la prueba es una herramienta de la que debe hacer uso de manera excepcional y no puede ser la única herramienta que permita resolver este tipo de asuntos, así lo dijo la Corte:

433. Precisamente por lo anterior, la Corte Constitucional procuró modular -o, lo que es lo mismo, flexibilizar- el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la inversión de la carga de la prueba en este tipo de procesos. Para ello, ordenó que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deben 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) 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; (ii) procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas 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; (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) acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP; e (v) invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar los supuestos de hecho de sus pretensiones, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos probatorios oficiosos desplegados por el juez de la causa.

434. La Corte Constitucional hizo énfasis en que la inversión de la carga de la prueba puede ser una opción de la que puede hacer uso el juez en casos excepcionales, pero no puede ser la única herramienta que por regla general permita resolver los casos como los que son objeto de análisis. Consideró necesario entonces que tanto las partes como el juez contribuyan a la reconstrucción de los hechos, haciendo uso de las herramientas que ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP. La Corte Constitucional señaló que esta regla de decisión, que, por supuesto, supone una flexibilización o modulación del precedente de la Corte Suprema de Justicia, debe ser aplicada en todos aquellos procesos que siguen su trámite actualmente, y en los que se inicien con posterioridad a esta providencia.

En este reciente pronunciamiento, la Alta Corporación reiteró la vigencia de la regla jurisprudencial del deber de información por parte de las AFP y si bien, hace un llamado para que los jueces garanticen el debido proceso en el sentido de decretar y practicar las pruebas solicitadas por las partes y los instó para que hagan uso de sus facultades oficiosas para el decreto de pruebas, de ninguna manera eximió a las AFP de cumplir con la carga procesal que les corresponde.

Y es que no puede olvidarse que, si en la demanda se hace una afirmación indefinida, relativa a que al afiliado no se le brindó una información suficiente al momento del traslado, le corresponde a la parte demanda demostrar, a través de los diferentes medios probatorios que efectivamente lo hizo.

En el caso concreto, al dar respuesta a la demanda COLFONDOS S.A. allegó las siguientes pruebas documentales: formulario de afiliación, historia laboral de vinculaciones, estado actual del afiliado, certificación de afiliación, reporte de días acreditados

y comunicado de prensa; igualmente solicitó decretar el interrogatorio de parte a la demandante¹ medios que fueron decretados en la audiencia preliminar y la prueba oral practicada en la de trámite y juzgamiento.

Según la prueba instrumental, el 27 de abril de 1999, la señora TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA, suscribió formulario de afiliación a para trasladarse del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A.², documento que contiene los datos de la demandante y no hace referencia a la información que se brindó al momento del traslado, y si bien tiene una casilla denominada *VOLUNTAD DE AFILIACIÓN*, con la impresión de que *la afiliación se hizo en forma libre, espontánea y sin presiones*, jurisprudencialmente se ha sostenido que dicha manifestación no es prueba suficiente para acreditar que se brindó información necesaria, tal como lo sostuvo en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688-2019, en uno de cuyos apartes se lee: *“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”*.

Igualmente se aportaron dos comunicados de prensa publicados en el periódico El Tiempo. En uno de ellos, las AFP dan a conocer información referente al traslado de régimen pensional. Y en el otro, el Seguro Social brinda información sobre el régimen de transición. Sin embargo, además de que los mismos son ilegibles, dicha prueba resulta insuficiente para establecer si la demandante tuvo conocimiento de la información que se pretendía transmitir en ellos.

En cuanto a la prueba oral, en la declaración de parte que rindió la señora TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA, recordó que trabajaba como auxiliar administrativa en el municipio de Rionegro, y la llamaron de servicios administrativos de la entidad, indicándole que debía trasladarse a un fondo privado, que luego fue una asesora de COLFONDOS S.A. le llevó una papelería y le dijo que firmara el formulario de afiliación, lo cual hizo; que no recibió una asesoría sobre los beneficios del traslado de régimen, no le informaron si le convenía o no y posteriormente solicitó devolverse nuevamente y no fue atendida su solicitud; que en su traslado no intervino la aseguradora Allianz Seguros de Vida S.A., ni Axa Colpatria; que no se

¹ Folios 87 a 31 a 112 - archivo 06 ContestaciónDemandayLLamamiento

² Folio 20 archivo 02 demanda y folio 87 ContestaciónDemanda

trasladó antes al RPM, porque no conocía que podía hacerlo y luego le informaron que si no efectuaba el mismo, antes de cumplir los 46 años, ya no lo podía hacer.

Según esta declaración, si bien la demandante dijo que el empleador fue quien le sugirió trasladarse a los fondos privados, precisó que al momento de la suscripción del formulario, no se le brindó ningún tipo de asesoría.

Al efecto, debe tenerse en cuenta que a la AFP, le correspondía brindar la información necesaria para que, libremente eligiera si hacía el traslado, en especial que se le hubiera realizado una proyección hacia futuro del valor de la mesada pensional que recibiría tanto en el régimen de ahorro individual como en el de prima media con prestación definida, además que dicho valor de la pensión de vejez en el RAI dependía del capital consignado en la cuenta de ahorro individual y que en caso de no completar el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), entre otros aspectos y es que debe reiterarse, que la labor de los asesores de los fondos privados al momento de hacer efectivo el traslado, es mostrarle al afiliado todas las ventajas y desventajas de tomar la decisión, a fin de que la misma fuera realmente informada, consensuada, libre y voluntaria.

De otro lado, si bien es cierto que la demandante está ad portas de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sin duda lo que pretende ahora, válidamente, con la declaratoria de ineficacia de su traslado, es regresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, con el propósito de poder pensionarse en mejores condiciones, que correspondan a las cotizaciones que por largo tiempo ha hecho, sobre salarios significativamente superiores al mínimo legal, sin que se le hubiera realizado proyección alguna, itérase, para cuando suscribió su traslado a dicho fondo, pues no aparece probado, y que de haberse hecho, la demandante no hubiese aceptado el traslado, o lo hubiese consentido, plenamente advertida de las exigencias de este régimen.

En este orden de ideas, la AFP COLFONDOS S.A. no acreditó haber suministrado la información clara, detallada y completa a la demandante en el momento en que efectuó el traslado de régimen; ni se probó que, a través de sus agentes, le explicaron las consecuencias que le acarrearía el traslado de fondo, para que, en forma voluntaria y libre, sin engaños, tomara la decisión que finalmente acogió.

Todo indica entonces que la demandante fue inducida en error, por omisión en la información completa y detallada, pues de acuerdo con la noción de la carga de

la prueba, a ésta sólo le bastaba afirmar que no se le dio la información necesaria para tomar tan trascendental decisión. Afirmación o negación que por su carácter indefinido está exenta de prueba, mientras que, en este mismo orden de ideas a COLFONDOS S.A., en virtud de la ya mencionada regla de la carga dinámica de la prueba, le incumbía acreditar que, para efectos del cambio de régimen, a la demandante se le suministró la ilustración suficiente; aserto que carece de respaldo probatorio

En estas condiciones, el traslado que la demandante hizo a COLFONDOS S.A., deviene en ineficaz, por no haber concurrido en él, el elemento libertad, con el contenido y alcance ya explicados; por tanto, la providencia se mantendrá en este punto.

En relación con la obligación del fondo de pensiones COLFONDOS S.A. de hacer las restituciones que dispuso la A quo, en especial los gastos de administración, cumple precisar que dicha condena tiene como sustento el efecto jurídico de la ineficacia del traslado, que consiste en que el orden de cosas, vuelvan al estado anterior en que se produjo el acto jurídico, como si este no hubiese existido, todo en razón a la omisión de la AFP, de haber suministrado la asesoría necesaria a la demandante, para que de manera libre y voluntaria hubiere optado entre el cambio de régimen que se le ofreció o permanecer en el que estaba afiliado.

Esta tesis, que de manera reiterada y pacífica ha venido sosteniendo el Tribunal hasta la fecha, acoge el precedente vertical que en la materia ha pregonada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL-1421 del 10 de abril de 2019, en la cual citó las sentencias SL17595-2017 y CSJSL4989-2018. Y recientemente en la sentencia SL1458-2023, citando la Sentencia SL1688-2019, recordó:

(...) la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2029 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, «sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019).

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia SU107 del 9 de abril de este año, entre otros aspectos, revisó los efectos que el mencionado precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene sobre el principio de sostenibilidad financiera del régimen de seguridad social consagrado en los arts. 48 y 334 de la C. P., en tanto, como

consecuencia de la ineficacia del traslado al RPM al RAIS, se dispone la devolución total de los aportes que la AFP hubiese recibido del afiliado, sin la posibilidad de descontar los recursos destinados a la administración, al pago de seguros y de la garantía de pensión mínima. Así razonó la Corte Constitucional:

253. A juicio de la Corte, 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.³

254. Ahora, en materia pensional, la Corte ha sido enfática en que la sostenibilidad financiera del sistema pensional no solo debe ser escrutada de acuerdo con las reglas del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, sino que también debe ser analizada en concordancia con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011. Esta última norma constitucional prevé que “[l]a sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.” En la Sentencia C-110 de 2019, al estudiarse el impacto fiscal que tendría una subvención pensional, la Corte expuso que este criterio constitucional y herramienta debe ser utilizada por todas las Ramas del Poder Público para garantizar la efectividad de las garantías otorgadas por el Estado Social de Derecho. (...)

255. En el marco de lo anterior, es claro que la Rama Judicial al ser parte de la estructura del Estado e integrar el Poder Público debe acatar e involucrar en sus decisiones las reglas tanto de la sostenibilidad financiera como de la sostenibilidad fiscal. Esto no significa de ninguna manera que se esté soslayando el parágrafo del artículo 334 de la Constitución y, so pena de invocar la sostenibilidad fiscal, se menoscaben derechos fundamentales, se restrinja su alcance o se niegue su protección efectiva. La sostenibilidad fiscal no es un obstáculo para el goce de los derechos fundamentales; todo lo contrario; es un instrumento para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, y para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política y la vigencia de un orden justo.⁴

256. En el modelo del Estado Social de Derecho el gasto público tiene por fin último garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, en el entendido que todos ellos, incluso los otrora llamados derechos civiles y políticos, demandan la inversión de recursos para su materialización. Correlativamente, el artículo 95.9 de la Constitución Política prevé que es deber de las personas contribuir a la financiación de los gastos e inversiones del Estado en condiciones de justicia y equidad. Dado que el gasto público se financia con recursos públicos, es decir, recursos que provienen de todos los colombianos (sin importar si estos son de naturaleza tributaria o no) el manejo ineficiente, inequitativo o insostenible de este impacta la vida diaria de todas las personas, y por lo mismo su consideración es esencial para garantizar la vigencia de un orden justo. Así, la consideración del impacto de las decisiones públicas en la sostenibilidad fiscal es condición para garantizar la supremacía e integridad constitucional.

257. La Corte ha evaluado el impacto fiscal de decisiones judiciales que interpretan el alcance de las leyes que definen el sistema de seguridad social integral. En materia de pensiones, por ejemplo, ha reprochado algunas interpretaciones judiciales que han propiciado incrementos artificiosos de las mesadas pensionales, el desbordamiento de los topes pensionales, las reliquidaciones pensionales en contravía de las reglas de liquidación del IBL, el cómputo de mesadas por fuera de los factores salariales sobre los que se cotizó o las vinculaciones precarias.

³ El superávit o déficit primario es un concepto que permite evaluar si los ingresos del gobierno, descontando sus gastos, alcanzan para pagar los intereses sobre la deuda o si, por el contrario, tiene que endeudarse para ello. Si el gobierno tiene un déficit primario no logra pagar los intereses con sus propios recursos. Aunque esto puede ocurrir por periodos cortos con razones justificables, si ocurre de manera recurrente se presenta un problema de sostenibilidad fiscal pues hace necesario endeudarse para pagar intereses, lo que genera un espiral de aumento del endeudamiento. Cárdenas, M., 2020. *Introducción a la economía colombiana*. Alpha Editorial.p.209

⁴ En palabras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, la sostenibilidad fiscal fortalece dos pilares del desarrollo sostenido: promueve la necesaria estabilidad para alcanzar el crecimiento inclusivo y permite el financiamiento de las políticas públicas que generan igualdad. Arenas de Mesa, A. (2016). *Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina*.

Más adelante la Corte Constitucional expuso:

265. Todo esto permite sostener que esta Corte ha sido sumamente cuidadosa al evaluar si, a partir de interpretaciones de leyes, ha podido desconocerse de manera manifiesta el principio de la sostenibilidad financiera y, con ello, el derecho a la seguridad social de la generalidad de los afiliados.

266. Recuérdese que el principio de la sostenibilidad financiera ha sido tan importante en la historia del Sistema de Seguridad Social, que ya había sido considerado al expedirse la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo 2 se endurecieron las reglas relativas al traslado entre regímenes pensionales. Como se advirtió *supra* (al citar el contenido de la Sentencia C-1024 de 2004), la restricción consistente en que una persona, a quien le falten “diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, no puede trasladarse de régimen, tiene que ver con razones macroeconómicas que exigen garantizar el equilibrio financiero.

Luego siguió razonando la Corporación así:

284. Lo anterior supone que la afectación a las finanzas públicas, derivada de la ineficacia generalizada de los traslados del RPM al RAIS beneficiaría, en mayor medida, a personas con ingresos más elevados. Así, el sistema, con este tipo de traslados masivos, profundiza su regresividad. Porque al tiempo que no mejora las condiciones de la población más vulnerable (a través, por ejemplo, de la ampliación en su cobertura) maximiza los ingresos de la población con mayor capacidad salarial y todo esto contribuye, finalmente, al crecimiento de la deuda pensional que tendrá que financiarse, por las generaciones presentes y futuras, a través de cargas impositivas.

285. (...)

286. Con base en los datos antes expuestos y, se reitera, teniendo en consideración la alta tasa de pérdida que existe en estos procesos judiciales en razón de la amplitud de la regla establecida por la Corte Suprema de Justicia, ese Ministerio calculó un impacto fiscal, a futuro, del orden de los 35 billones de pesos. Valga recordar que, por la financiación de este tipo de pensiones, en el RPM, responde mayoritariamente el Estado. Pues, si bien la persona financia una parte con sus cotizaciones, aquellas siempre son insuficientes para garantizar el pago de toda la prestación.

(...)

296. (...) la Procuraduría Delegada para la Salud, Protección Social y Trabajo Decente alertó sobre otra problemática derivada del precedente de la Corte Suprema de Justicia en relación con el cumplimiento de las ordenes que señalan que la ineficacia supone que tiempo se retrotrae al momento del traslado entre 1993 y el 2009. Esto es, la imposibilidad material de devolver todo al momento del traslado, pues no todos los recursos pueden devolverse ya sea porque en el proceso ordinario no se vincularon a las aseguradoras, o a todos los fondos donde estuvo afiliado el demandante, o la AFP fue disuelta y liquidada, ordenan a la última administradora la devolución de gastos de administración que nunca ha tenido en su poder. En suma presentó más de 25 escenarios creados por los magistrados y jueces para el pago y cumplimiento de sentencias judiciales o vía tutela, que no pueden ser cumplidos.⁵

⁵ Escenarios ordenados por el juez para pago por ineficacia de la afiliación:

1. Traslado del capital de la Cuenta de Ahorro Individual -CAI del afiliado.
2. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora.
3. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro.
4. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro.
5. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + BONO.
6. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + gastos de administración + reconocimientos de perjuicios.
7. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión administradora indexada + prima de seguro indexada.
8. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión administradora indexada + prima de seguro indexada + Bono.
9. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada.
10. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro indexada.
11. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + Fondo de solidaridad + Fondo de garantía.
12. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión administradora indexada + prima de seguro indexada + gastos de administración indexada.
13. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada + prima de seguro.
14. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro indexada.
15. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada + gastos de administración indexada.
16. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro indexada + gastos de administración indexada.
17. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro indexada + gastos de administración.
18. Cuenta de Ahorro Individual + Prima de seguro + gastos de administración indexada.
19. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada + prima de seguro + gastos de administración.
20. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro indexada + gastos de administración indexados.

297. 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.⁶

298. 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 riesgo 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. Así entonces, la Corte explicó que la forma en la que se financia una pensión de invalidez en el RAIS, de acuerdo con el inciso primero del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, así:

“6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. Esas AFP no podrán realizar este tipo de negocios jurídicos en beneficio de un solo individuo, sino en favor del conjunto de sus afiliados. Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el siniestro se produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen a la persona.

“Quien habrá de tomar la póliza, como se desprende de lo antedicho, será la AFP. Ello debe hacerse garantizando, en todo caso, una licitación pública que haga posible la libre concurrencia de las entidades que estén autorizadas para asegurar este tipo de riesgos. Ejercicio que deberá permitir la igualdad de acceso, de información, la objetividad en la selección, la periodicidad y la publicidad. Una vez seleccionada la sociedad que servirá a este propósito, se entenderá que aquella habrá de responder por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar (i) la pensión de invalidez, solo en caso de que lo contenido en la cuenta individual de la persona no sea suficiente para el mismo propósito –como ya se dijo– y (ii) la pensión de sobrevivientes, en circunstancias similares a la anterior.”⁷

299. 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 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.”⁸* Ahora es de resaltar, que esta utilidad por la administración en pensiones tiene un impacto incluso para determinar a qué fondo pertenece un afiliado. Por ejemplo, en la Sentencia T-266 de 2023 la Corte amparó los derechos de una afiliada a la que Colpensiones le negó el traslado por considerar que no se encontraba en su aplicativo de traslados. En esta ocasión, la Sala Segunda de Revisión concluyó que operó la figura de la afiliación tácita: *“(i) por la actitud que tuvo la administradora al aceptar, sin reparos, el traslado de la actora; (ii) porque (la entidad accionada) ha recibido sus aportes hasta la actualidad y durante un lapso prolongado; y (iii) porque cuando se solicitó el traslado de régimen, solo se había trasgredido la prohibición del artículo citado en este párrafo por dos meses... (la entidad accionada) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social de la (accionante) cuando negó el reconocimiento de una pensión de vejez bajo el argumento de que el traslado hecho hacia el RPM era nulo.”⁹*

21. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora + prima de seguro + gastos de administración indexados.

22. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada+ prima de seguro + gastos de administración indexada.

23. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada+ prima de seguro indexada + gastos de administración.

24. Cuenta de Ahorro Individual + Comisión de administradora indexada+ prima de seguro indexada + gastos de administración.

25. Cuenta de Ahorro Individual + Interés + Valor de la Garantía de Pensión Mínima (que ya está incluida en la cuenta de ahorro individual).

⁶ 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.

⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-313 de 2020.

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-266 de 2023.

300. (...)

301. 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.¹⁰

Seguidamente y en punto a la tesis que ha pregonado la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de sostenibilidad financiera, la Constitucional, apuntó:

302. *Sobre la posición de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la afectación de la sostenibilidad financiera.* La Corte Suprema de Justicia se ha referido últimamente a este aspecto, precisamente, porque en los recursos de casación Colpensiones le ha manifestado que declarar masivamente la ineficacia de los traslados está afectando las finanzas del sistema general de pensiones en su conjunto. En respuesta, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el principio aludido no se desconoce con la aplicación de sus reglas, porque “(...) como con profusión lo ha explicado la Sala, [la declaratoria de la ineficacia] comporta retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021, etc.); por ello, se ordena el retorno de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, a efectos de financiar las prestaciones en el marco del régimen de prima media”.¹¹ En una sentencia más reciente, la Corte reiteró la anterior idea al decir que: “los recursos que deben reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.¹²

(...)

305. La posición de la Corte Suprema de Justicia es que, si el traslado de un ciudadano hacia el RAIS se declara ineficaz, entonces habrá de asumirse que este ciudadano jamás salió del RPM. Pero, lo que sostiene esta Corporación, es que no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado.

306. En efecto, 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 resultarían importantes para el Estado y que hicieran parte del gasto público social.

307. En contraste, 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. Por ello, el que regrese intempestivamente al RPM sí supone una afectación seria al fisco máxime como se indicó en sede

¹⁰ 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.

¹¹ Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL3134-2023.

¹² Cfr., Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL055-2024.

de pruebas van más de 46.739 sentencias de ineficacia del traslado y se encuentran activos 27.303 procesos judiciales (supra 293). Además, esa persona recibirá una pensión no contemplada en el cálculo actuarial de la administradora del RPM.

(...)

310. 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.

311. Además, sería muy importante recalcar en este punto que la protección de la sostenibilidad financiera es vinculante para todas las ramas y órganos que integran el Poder Público. De hecho, es muy dicente que el legislador, en el proyecto de ley No. 293 de 2023 Senado “*Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones*”, haya tenido la precaución de salvaguardar dicha sostenibilidad financiera. En efecto, el Gobierno Nacional, así como el Congreso de la República, han procurado respetar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social a efectos de que el proyecto de reforma pensional no suponga un menoscabo a las finanzas de la Nación (...)

312. Esta Corte ha sido enfática en que el deber de respetar la sostenibilidad financiera del régimen pensional no es una obligación exclusiva del legislador, toda vez que los jueces de la República también están vinculados por ese principio. Al respecto, en la Sentencia SU-063 de 2023, esta Corte sostuvo que “[e]l inciso séptimo del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, le impuso al Estado el deber de garantizar “la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional”. La Corte Constitucional ha reconocido en varias ocasiones que este principio es cardinal en la citada reforma, por lo que tiene naturaleza de principio constitucional específico del sistema de seguridad social, que debe ser consultado en todas las medidas de dirección y control de este sistema y contiene un mandato hermenéutico para los operadores judiciales (...).”¹³

Con base en estos razonamientos, de los que la Sala hace una cita puntual, la Corte Constitucional, en la sentencia que se viene citando, moduló los efectos de precedente bajo estudio, que tiene sentada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para disponer, con fuerza vinculante, entre otras la siguiente **REGLA DE DECISIÓN**, que se aplica al presente caso:

327. 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). (Las subrayas son del Tribunal)

¹³ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-063 de 2023.

Finalmente, en la parte resolutive de la Sentencia SU107-24 que venimos citando, la Corte Constitucional dispuso:

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.

En este orden de ideas, en virtud del carácter vinculante de la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, este Despacho recoge la tesis que venía sosteniendo, con apoyo en el precedente de la Corte Suprema de Justicia, en punto a las restituciones que como consecuencia de la ineficacia del traslado debía hacer la AFP del RAIS, con destino a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la aquí demandante, hizo su traslado del ISS hoy COLPENSIONES, a COLFONDOS S.A. el 27 de abril de 1999¹⁴.

En el caso concreto COLFONDOS S.A., solicita la revocatoria de los gastos de administración y la indexación de los valores que debe retornar al fondo público, por lo que en atención a la sentencia que se viene citando resulta procedente revocar la sentencia en cuanto condenó a la AFP privada a trasladar a COLPENSIONES estos valores.

No olvida la Sala que de acuerdo con la Sentencia SU ya reseñada, habría lugar a devolver sólo los recursos que la demandante tiene en su cuenta individual, sus rendimientos y el bono pensional que se hubiere pagado, sin embargo, no debe perderse de vista el contenido del art. 66A del CPT y SS, que en materia de competencia del Ad quem prevé: *ARTÍCULO 66-A. PRINCIPIO DE CONSONANCIA. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.*

En este orden de ideas, en atención al principio de consonancia ya citado, como el fondo apelante solo impugnó la devolución de los gastos de administración y la indexación de todos los ítems que la A quo dispuso restituir, a estos dos conceptos puntuales, se limitará la revocatoria del fallo, pues los demás no fueron apelados¹⁵, de modo que la condena a devolver los otros recursos, se mantendrá.

¹⁴ Cfr. folio 88, Historial de Vinculaciones archivo 06, contestación de Colfondos

¹⁵ En la sentencia de primera instancia, se dispuso la devolución, además, de comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el descuento destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Respecto a la obligación impuesta a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, de reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, debe precisarse que al declararse la ineficacia de la afiliación que hizo la señora TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., la consecuencia jurídica es que las cosas vuelven al estado anterior, como si dicho traslado nunca se hubiera formalizado y ésta nunca hubiera abandonado el régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, entidad que por decisión judicial, debe reactivar su afiliación como si nunca hubiera cesado y en su momento, atender los derechos pensionales que el RPM, le ofrece a sus afiliados.

Ahora bien, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, deprecia la revocatoria de la condena en costas, al considerar que la orden de recibir el valor de los aportes de la demandante y reactivar su afiliación al RPM es solo la consecuencia de la declaratoria de ineficacia; que la litis se originó por cuanto la AFP del RAIS, no cumplió con su deber de dar una debida información a la demandante sobre su traslado de régimen pensional; que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio jurídico, por lo que no puede ser beneficiado, ni perjudicado por el acto jurídico celebrado entre las partes.

Al respecto y frente a la condena en costas, debe recordarse que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión del 145 del CPTSS, establece:

CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

De acuerdo con el tenor literal de la norma, tenemos que las costas procesales se imponen a la parte vencida en juicio como consecuencia de una controversia; ello, teniendo en cuenta que esta sanción sólo está sujeta a la verificación objetiva de quién perdió el pleito, para dejarlas a su cargo, no depende de elementos subjetivos de la relación jurídico procesal, sino de las resultas de este, tal como lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Octubre 22 de 2013,

Radicación 42225, donde se citó la sentencia C-089 de 2002 de la Corte Constitucional, a cuyo texto remite la Sala.

En el caso bajo examen, si bien, COLPENSIONES dio respuesta extemporánea, y se tuvo por no contestada la demanda, durante el trámite procesal fue clara su oposición a las pretensiones de la demanda, dado que en los alegatos de conclusión formulados en primera y en segunda instancia manifestó su oposición a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, aduciendo entre otros aspectos, que la voluntad de emigrar de un régimen a otro, fue un derecho que ejerció la demandante, que se solicita la ineficacia del traslado por el valor de la mesada pensional que le puede corresponder a la demandante, que se le debe exigir a los afiliados cuidado en la toma de decisiones, pues le correspondía a la demandante informarse sobre las opciones que le ofrecía el mercado, que la Corte Suprema de Justicia, sin atender las situaciones particulares invierte la carga de la prueba, y exime al demandante de probar la exigencia de un vicio en el consentimiento y que de haberse presentado incumplimiento al deber de información debe condenarse a la AFP y no a COLPENSIONES.

En este orden de ideas tenemos que COLPENSIONES, fue demandada de manera directa, y se opuso expresamente a la prosperidad de las pretensiones, entre ellas, a la principal que era la declaratoria de la inexistencia del traslado al RAIS, y en esta misma línea de análisis, impugnó la decisión; es decir, generó un debate que requirió la intervención de la judicatura ocupándose puntualmente de la oposición directa que hizo a las aspiraciones de la demandante, por tanto, había lugar a que se impusiera dicha condena, de modo que la impugnación de la sentencia en este aspecto, no prospera.

Por último, la Sala se ocupará de la consulta frente a la condena impuesta al Fondo Público, de recibir los aportes que debe trasladar COLFONDOS S.A., para lo cual debe precisarse que al declararse la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelven al estado anterior, por lo que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, debe recibir los recursos, cuya entrega se le ordenó al fondo privado.

En este orden de ideas se revocará parcialmente en cuanto a las restituciones que debe realizar COLFONDOS S.A. y se confirmará en lo demás el fallo que se revisa en virtud de la apelación y en el grado jurisdiccional de consulta.

Por las resultas del recurso, las Costas de esta sede se dejarán a cargo de las AFP recurrentes.

Finalmente, en atención al auto AL2550 del 23 de junio de 2021, emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se aplicará la analogía, en el sentido que si la sentencia no se notifica personalmente dentro del día siguiente a su fecha, se hará saber por edicto, como lo ordena el numeral 3° del literal D, del art. 41 del CPTSS, y en vista de que no existe norma en este estatuto ni en otro Código Procesal, que regule su contenido, en aplicación del art. 40 ídem¹⁶, la Secretaría de la Sala elaborará el edicto que incluirá la palabra edicto en la parte superior, la identificación del proceso por su tipo, partes, juzgado de origen, radicado, fecha y sentido de la decisión; se fijará en forma virtual en la página de la Rama Judicial por un día, su titular dejará constancia de la fecha y horas de fijación y desfijación, agregará el original al expediente, y conservará copia del mismo en el archivo. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del día de fijación del edicto.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1° La sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Rionegro, dentro del Proceso Ordinario instaurado por TERESA DE JESÚS RICO GARCÍA contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a cuyo trámite se vinculó a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., quedará así:

1.1. SE REVOCA PARCIALMENTE el numeral segundo de la parte resolutive, en cuanto condenó a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, junto con la indexación de los demás conceptos allí expresados; para EN SU LUGAR absolver a la primera AFP de estos dos cargos.

1.2. En los demás aspectos, SE CONFIRMA el fallo revisado por vía de apelación y consulta.

2° SE CONDENA en costas de segunda instancia a las AFP recurrentes, como agencias en derecho a ser incluidas en la liquidación concentrada que se haga en el

¹⁶ Dice la norma: *ARTÍCULO 40. PRINCIPIO DE LIBERTAD. Los actos del proceso para los cuales las leyes no prescriban una forma determinada, los realizará el Juez o dispondrá que se lleven a cabo, de manera adecuada al logro de su finalidad*

Juzgado de origen, se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que cada una de ellas pagará a la demandante.

Lo resuelto se notificará por EDICTO, tal como se describe en la parte motiva, tras lo cual se dispone la devolución del expediente a la oficina de origen.

Los Magistrados;


WILLIAM ENRIQUE SANTA MARÍN


NANCY EDITH BERNAL MILLAN


HECTOR H. ÁLVAREZ RESTREPO