



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ALEXIS TOBÓN GUEVARA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
LITISCONSORTES NECESARIOS	COLFONDOS S.A. ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.
RADICADO	760013105 008202300570 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 60 del 31 de marzo de 2025
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO
DECISIÓN	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025), conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral y como magistrada ponente ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, proceden a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la Sentencia No. 181 del 26 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **ALEXIS TOBÓN GUEVARA** demandó a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual (RAIS), en consecuencia, se tenga como válidamente afiliado a **COLPENSIONES** y se ordene retornar el capital ahorrado en los fondos.

Como hechos indicó que nació el 5 de noviembre de 1968, contando a la fecha de presentación

de la demanda con 54 años.

Refiere que cotizó ante el ISS hoy COLPENSIONES 271 semanas y posteriormente, el 1° de marzo de 1999, se trasladó a PORVENIR S.A.

Sostiene que al momento del traslado no fue asesorado en debida forma, de tal manera que pudiera conocer las ventajas o desventajas de su actuación, por lo tanto, considera debe declararse nulo por vicios de consentimiento y falta de información.

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que se opone a la prosperidad de las pretensiones pues el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación y al encontrarse válidamente afiliado en el R.A.I.S., sin que logre demostrar causal de nulidad que invalide lo actuado, no hay lugar a decretarse la misma.

Propuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad del traslado y prescripción.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios del consentimiento del traslado, buena fe, prescripción trienal, prescripción de la acción y responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social.

PROTECCIÓN S.A. no se opuso a las pretensiones, pues señala no corresponden al fondo, propuso las excepciones "haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta de la que fue demandada", inexistencia de la obligación y prescripción.

En audiencia del 13 de marzo de 2024 el juzgado inicial dentro de la etapa de excepciones previas declaró probada la de "haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta de la que fue demandada" propuesta por PROTECCIÓN S.A. y la desvinculó del proceso.

De igual manera integró al proceso a **COLFONDOS S.A.**, la cual contestó la demanda indicando que se opone a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de prohibición de traslado de régimen, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afición de la parte actora a COLFONDOS S.A., compensación y pago, enriquecimiento sin justa causa ante la eventual condena frente a la devolución de gastos de

administración y seguros previsionales y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. llamada en garantía, contestó la demanda señalando que se opone a las pretensiones siempre y cuando comprometan sus intereses, pues fue convocada al litigio en calidad de aseguradora previsional en virtud de la Póliza de Seguro de Invalidez y Sobrevivientes No. 0209000001 tomada por la AFP COLFONDOS S.A., en la cual se amparó el pago de la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario de las pensiones que se derivan única y exclusivamente de los riesgos de invalidez y muerte, tal y como se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones planteadas por quien formuló el llamamiento en garantía, afiliación libre y espontánea del demandante al RAIS, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición del traslado del RAIS al RPM, el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad de permanecer en el RAIS y consigo se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento del régimen, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigio en sentencia No. 181 del 26 de junio de 2024, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado que el demandante ALEXIS TOBÓN GUEVARA hizo del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A. En consecuencia, señaló que se entiende que el accionante siempre estuvo afiliado al RPM administrado actualmente por COLPENSIONES.

Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado.

Absolvió a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., de las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por COLFONDOS S.A. y condenó en costas procesales a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada, **COLFONDOS S.A.**, interpuso recurso de apelación, argumentando que el demandante ejerció su derecho de libre elección del régimen pensional conforme a la Ley 100 de 1993. Adujo que, con las pruebas allegadas y el interrogatorio de parte, se concluye que la afiliación fue libre, voluntaria y conforme a las disposiciones legales, voluntad que quedó reflejada incluso con su firma en el formulario de afiliación.

Asimismo, sostiene que el fondo proporcionó toda la información requerida para la fecha de su afiliación y, en este sentido, se opone a la condena en costas, afirmando que ha actuado de buena fe.

Por su parte, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando que, en el momento de su afiliación, el demandante estaba plenamente en ejercicio de su derecho, lo que implica que el procedimiento se realizó de acuerdo con la ley y que, a la fecha, dicha afiliación tiene plena validez.

Además, argumenta que el demandante se encuentra sujeto a la prohibición legal establecida en la Ley 100 de 1993, dado que está a menos de 10 años de poder acceder a la prestación.

El asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado para alegar de conclusión.

PORVENIR S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. presentaron en debida forma los alegatos de conclusión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

SENTENCIA No. 60

PROBLEMA JURÍDICO

En atención al recurso de apelación presentado y al grado jurisdiccional de Consulta en favor

de COLPENSIONES, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala gira en torno a establecer:

Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual efectuado por el señor ALEXIS TOBÓN GUEVARA.

De ser procedente la ineficacia de traslado, se deberá determinar:

1. Si el demandante tenía la carga de la prueba en cuanto a la omisión del deber de información en que incurrió la AFP demandada. Para lo cual se referirá a esta Sala de decisión a la decisión contenida en la sentencia SU 107 de 2024.

2. Si **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** deben devolver a Colpensiones los gastos de administración indexados, seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones causadas en los períodos en que administraron la cuenta de ahorro individual del demandante, con cargo a su propio patrimonio.

3. Si se afecta la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones con el retorno al RPM del demandante.

4. Si operó la prescripción de la acción de ineficacia

5. Si debe exonerarse de costas de primera instancia a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

Tesis de la sala. La sentencia de primera instancia será CONFIRMADA y ADICIONADA, en razón a que, siguiendo la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se brindó la asesoría integral y cualificada a la que ha hecho referencia el órgano de cierre, debiendo la AFP del RAIS asumir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado, esto es, devolver o trasladar a COLPENSIONES, además del saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración, debidamente indexadas.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de porvenir pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el

Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Ahora bien, a juicio de esta Sala la condición específica de la norma del deber de información se refiere a que al contar el sistema de seguridad social con dos regímenes pensionales con características particulares y disimiles, al momento de la afiliación debe haber absoluta claridad para las personas sobre las características de uno y otro régimen pensional y sobre su situación pensional para que pueda considerarse eficaz la afiliación.

En relación con la carga probatoria y la prueba en procesos ordinarios que debaten la ineficacia del traslado de afiliadas del Régimen de Prima Media RPM al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS se pronunció recientemente la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024, en la que en desarrollo de su *ratio decidendi* fijó las siguientes reglas con relación a los casos referentes a la solicitud de ineficacia de traslado de régimen ocurrido entre el año 1993 y 2009:

i. Flexibilizó el precedente de la Corte Suprema de Justicia en el sentido 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 la afiliada conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 - numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre:

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

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

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

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

(v) Ahora, si se asume que, en este tipo de procesos, como se ha dicho, es muy complejo acudir a pruebas directas (v. gr. los documentos), a partir de las cuales pueda sostenerse -más allá de toda duda- que la información realmente se entregó,

corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios. En efecto, en los interrogatorios las partes y el juez pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.

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

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

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

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

un proceso en el cual a pesar de los esfuerzos de las partes y de la facultad oficiosa desplegada por el juez no sea posible desentrañar por completo la verdad.

Pues bien, conforme el balance judicial vigente, procede la Sala a fijar su criterio, indicando desde ya que se aparta de la postura definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024, antes enunciada, en tanto que, tal como la misma Corporación lo señala, es el juez en calidad de director del proceso y conforme su autonomía e independencia judicial quien determina la posibilidad excepcional de invertir la carga de la prueba o distribuirla.

En este orden de ideas, no es dable imponer al operador judicial apartarse del criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia según el cual, es a la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba¹, puesto que es aquel en virtud del análisis del caso concreto quien en uso de las figuras dispuestas por el procedimiento judicial define las cargas probatorias que le corresponden a las partes, sin que esto pueda entenderse como una afectación al criterio de la sana crítica bajo el cual debe fallar, manteniéndose por el contrario la independencia, característica principal de la ética judicial.

Ahora bien, la inversión de la carga de la prueba a la cual se ha acudido en el caso de procesos en los que se encuentra en discusión la ineficacia de traslado tiene su sustento en el hecho que las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido 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 intereses¹; dado que el deber de información es uno de los imperativos legales de las entidades administradoras de pensiones según el inciso tercero del literal c del artículo 60 de la ley 100 de 1993 y es un deber ineludible desde su creación², en consecuencia, la carga de la prueba sobre la información suministrada está en cabeza de la administradora de pensiones, puesto que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada³.

Aunado a lo anterior, es preciso referir que el artículo 167 del CGP dispone como regla general que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, y además se precisa que *“Los hechos notorios y **las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba**”*.

Al respecto, sea oportuno traer a colación la sentencia C-086/16, en la que la Corte Constitucional estudia el artículo 167 del CGP, y en la que hace las siguientes precisiones para

efectos de considerar que la norma acusada está acorde a los mandatos constitucionales, a saber:

*"Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: '**onus probandi incumbit actori**', al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; '**reus, in excipiendo, fit actor**', el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, '**actore non probante, reus absolvitur**', según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si la demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción"* (Negrilla fuera del texto)

La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos-, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.

(...)

Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras".

Por otro lado, la jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral ha señalado que ante la existencia de "*afirmaciones o negaciones indefinidas*", se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ "*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*" (Sentencia SL2817-2019).

Este criterio se acompasa al fijado por el órgano de cierre de la Jurisdicción en la sentencia SL2999-2024 en la que se aparta la Corporación del criterio sentado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024:

"Esta Corporación nunca ha desconocido la libertad de los jueces para formar su convencimiento y valorar el caudal probatorio aportado oportunamente, conforme lo establecen los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De modo que en el precedente cuestionado jamás se ha restringido o limitado esa autonomía, mucho menos al punto de despojar al juzgador de sus facultades como director del proceso, ya que, según lo consagrado en el canon 54 ídem, este puede decretar pruebas de oficio frente a los hechos controvertidos que le generen duda.

Justamente, en este tipo de asuntos, los demandantes suelen acreditar, a través de interrogatorio a los representantes legales de las AFP y testimonios, que no se les brindó la debida información, sin necesidad de invertir la carga probatoria por parte de la autoridad judicial que analiza el caso; sin embargo, no puede perderse de vista que la afirmación sobre la ausencia de información es un supuesto negativo indefinido que debe desvirtuar quien se ve afectado por este, con las pruebas que estime necesarias para demostrar que cumplió con su obligación legal.

Se recuerda que «[...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba», tal y como lo dispone el inciso 4.º del artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del principio de integración normativa contenido en el precepto 145 del Estatuto Adjetivo Laboral. Ello cobra sentido, en tanto que no es razonable exigir a quien asegura que algo no aconteció que lo pruebe.

Ahora, no significa que la referida trasposición de roles anule la actividad probatoria de las administradoras de fondos de pensiones convocadas a estos juicios, sino que, como al contestar las demandas en ejercicio del derecho de defensa expresan que su información fue completa, clara y oportuna, son aquellas las llamadas a acreditar tales manifestaciones, pues estas sí cuentan con el carácter de afirmaciones definidas susceptibles de acreditación.

(...)

Aunado a lo anterior, el precedente jurisprudencial defendido por esta Sala de la Corte no es que atribuya una carga imposible de cumplir por parte de las AFP, pues aquellas cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su

servicio, características que les son propias desde su origen y no sólo a partir de la expedición del Decreto 2241 de 2010, como parece entenderlo la Corte Constitucional, pues dicha normativa consagró como obligación a cargo de las AFP, entre otras, registrar las actuaciones correspondientes al deber de información y asesoría, que siempre les estuvo atribuido...”

Es preciso indicar que esta Sala de decisión no desconoce el desarrollo que ha tenido el deber de información que le asiste a las Administradoras de Pensiones, por el contrario, acude a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir la información que debía ser proporcionada por la AFP, así se tiene que en la sentencia SL1452 de 2019, cuyos argumentos se reiteraron en la SL1217-2021, se hizo referencia a los siguientes lapsos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003. Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, incluyendo dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o

		recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014. Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa n. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En el caso del señor **ALEXIS TOBÓN GUEVARA**, se establece que se afilió al antiguo ISS, posteriormente a COLFONDOS S.A. en agosto de 1995 y, en junio de 1996, a PORVENIR S.A. (fl. 21, Pdf 32 del cuaderno del juzgado).

El accionante sostiene que, al momento del traslado de régimen, la AFP no le explicó eficientemente las condiciones del traslado, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas de tal acto. Negación indefinida que como ya se dijo en precedencia, invierte la carga probatoria en cabeza de la AFP y la suscripción del formulario de afiliación inicial al RAIS, no es una prueba de la que se colija que se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y, por lo tanto, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de información exigidos.

Así pues, en el caso, las pruebas no dan cuenta que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** hubiesen cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar⁴. No se acreditó que para el momento del traslado se efectuó una completa asesoría al demandante, pues de la prueba allegada no se desprende que la demandada se haya comportado con la pericia, profesionalismo y pulcritud a ella exigida.

En suma, analizado en su conjunto el elenco probatorio relacionado, debe concluirse, que no obra prueba relativa a que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** hayan brindado al afiliado, previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia, esto es, que antes del traslado efectivo se le hubiese indicado al demandante que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente

al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado los comparativos respecto a las condiciones y diferencias entre uno y otro régimen, entre otros aspectos neurálgicos que debieron exponerse para el traslado de régimen pensional.

Por lo tanto, no cumplió la AFP con la regla general del artículo 167 del CGP, pues no allega prueba de haber cumplido con su deber legal de información para la época del traslado en los términos de los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *"ilustrar a sus potenciales afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales"*, lo que no ocurrió en este proceso y eran asuntos que debía acreditar la AFP demandada por competelerle probar los hechos en que funda la defensa.

De esta manera las cosas, en atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, con sustento en las pruebas analizadas y según lo establecido en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone que el juez no estará limitado por la tarifa legal de pruebas, lo que le permite formar su propia convicción de manera independiente, pudiéndose guiar por los principios científicos pertinentes para analizar adecuadamente la evidencia, tomando en cuenta las circunstancias relevantes del caso y la conducta procesal de las partes, ha de concluirse que el traslado del actor al RPM no se efectuó de manera libre y voluntaria, pues se presentó una "Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional", que impidió que su decisión se diera libre y voluntaria, por lo que hay lugar a declarar la ineficacia del traslado tal y como lo consideró el juzgador de instancia.

Es de mencionar que la ineficacia provocada en el acto inicial del contrato de traslado no se superó por la estadía del demandante en el RAIS por varios años, pues tal situación no se valida con el acto antes mencionado y de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 4360-2019, entre otras, la acción encaminada a la

declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional no puede afectarse por la prescripción.

Finalmente, es importante destacar que en este caso particular no es necesario examinar si el demandante se encuentra o no dentro de la restricción establecida por la Ley 797 del 2003, que prohíbe a los afiliados cambiarse cuando les falten 10 años o menos para alcanzar la edad mínima de jubilación, ni tampoco determinar si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010. Esto se debe a que no estamos tratando con una solicitud de traslado, sino con la cuestión de su ineficacia.

Ahora bien, frente a la consecuencia de la declaratoria de ineficacia, la sentencia SU 107 de 2024 fijó la siguiente regla:

i. 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).

Al respecto argumentó: "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".

Se precisa además que la determinación de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional no puede analizarse únicamente desde el crisol de la sostenibilidad del sistema, pues no debe perderse de vista que desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las normas legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no el juez para desconocer derechos ya legislados.

No debe perderse de vista que la ineficacia del traslado fue originada en la conducta indebida de la administradora quien incumplió la obligación de información respecto de su potencial afiliado, razón más que suficiente para que ésta deba asumir a su cargo los deterioros sufridos

por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido.

En consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, PORVENIR S.A. deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil. Además, deberá retornar los gastos de administración indexados, así como las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las provisiones de invalidez y sobrevivientes, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.⁶, ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros y comisiones causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del demandante. Adicionándose lo resuelto por la juez de primera instancia.

Lo anterior, atendiendo lo dispuesto en sentencia SL 584-2022, en la que se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

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

Respecto de las sumas adicionales de las aseguradoras, se debe señalar que se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, mismos que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, PORVENIR S.A. deberá retornar los gastos de administración indexados, así como las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las provisiones de invalidez y sobrevivientes, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos

por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.3, ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros y comisiones causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del accionante. Por lo que se adiciona la decisión de primera instancia.

Con relación a la **prescripción**, debe decirse que, tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 48 Superior, ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas, a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de ineficacia del traslado de régimen, esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dijo, resulta imprescriptible, tesis aceptada por la CSJ recientemente en sentencia SL 1688 del 8 de mayo del 2020.

Ahora, en lo relativo a las **costas de primera instancia** impuestas a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. esta Sala deberá recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1º, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc.

En consideración a lo anterior, la condena en costas atiende un carácter eminentemente objetivo, por cuanto la imposición de estas solo exige que se produzca el vencimiento de la parte a la que se obliga con las mismas, sin atender ninguna consideración adicional, por lo que, para su imposición, el Juez no puede examinar otros criterios distintos a los establecidos por la norma, como por ejemplo si hubo o no culpa de quien promovió la acción.

Y, es que debe precisarse en este punto, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la condena en costas no es una decisión facultativa del Juez de conocimiento respecto de la parte vencida en un proceso sino una obligación que por mandato del legislador no puede eludir tomando como fundamento criterios no establecidos.

En el caso sub examine, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. fungen en el proceso como demandados, son destinatarios de una condena que se materializa en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencido en juicio, toda vez que mostró oposición a las pretensiones, sin que las mismas fueran avaladas por el juez de primera instancia.

A más de lo precedente, debe indicarse que se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. discriminar detalladamente los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y toda información que sea pertinente, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de esta sentencia; igualmente se ordenará a COLPENSIONES actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Finalmente, debe recalcar que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, pues con ello se verificó la legalidad de la condena.

Corolario, se adiciona la sentencia recurrida. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. por haber sido resuelto desfavorablemente los recursos de apelación, se fija como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a UN (1) SMLMV a cargo de cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR la Sentencia 181 del 26 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

ORDENAR a COLPENSIONES actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia

SEGUNDO. MODIFICAR y ADICIONAR el numeral de la Sentencia 181 del 26 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

CONDENAR a PORVENIR S.A. a reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil. Además, deberá retornar los gastos de administración indexados, así como las cuotas de administración,

comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las provisiones de invalidez y sobrevivientes, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.6, ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros y comisiones causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

ORDENAR a PORVENIR S.A. discriminar detalladamente los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y toda información que sea pertinente, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de esta sentencia

Asimismo, COLFONDOS S.A. deberá retornar los gastos de administración indexados, así como las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las provisiones de invalidez y sobrevivientes, con cargo a su propio patrimonio. Adicionándose la decisión de primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a un (1) SMLMV a cargo de cada una.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:

En constancia se firma.

Los Magistrados,



SEÑALIZADA POR ACTOS JUDICIALES

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Magistrada Ponente

Firma para fines judiciales



MARIA ISABEL ARANGO SECKER

Salva voto

Firma digitalizada para
act. judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

Aclara y salva voto parcial

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL FRENTE A LA IMPOSICIÓN DE

COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES EN LOS CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO.

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

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado(a) a el(los) fondo(s) privado(s).

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

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

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

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

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

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

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

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

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

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

Firma para fines judiciales

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

ACLARACION Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Debo aclarar que no comparto la afirmación consistente en que la sentencia SU 107 de 2024 se aparta totalmente del precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al análisis y valoración probatoria frente al indebido suministro de información del afiliado.

Para el suscrito magistrado no resultan totalmente contradictorias las posturas de la Sala de Casación Laboral y de la Corte Constitucional. En los dos criterios 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 mecanismo al que debe acudir el juez cuando de los elementos probatorios no sea posible concluir sobre su existencia o inexistencia, 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. 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. De ahí que, no se muestren posiciones totalmente divergentes.

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.

Por otro lado, me aparto de la decisión frente a la devolución de gastos de administración. 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.¹

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. ...

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.”*²...

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.”*³

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.⁴

¹ 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.

² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2017.

⁴ 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

...

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 acápite 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**

*"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.*

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 resolutive, 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”.⁵ 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

⁵ Constitución Política. Artículo 13 -inciso 1-.

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 resolutive de esta sentencia, las precisiones sobre el alcance del precedente (supra 327) y las directrices probatorias (supra 328 y 329) que habrán de ser aplicadas directamente en los procesos en curso de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así como también en aquellos litigios que se susciten ante los jueces de tutela.”

Conforme a lo anterior y a la manifestación expresa en la parte resolutive 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, no debió adicionarse la orden de devolución de los gastos de administración y porcentaje destinado a seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, por el contrario, debió revocarse esta clase de órdenes para las AFP del RAIS que recurrieron la decisión.

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Call-Vote