



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

Santiago de Cali, veinte (20) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA N° 242
Acta de Decisión N° 079**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**, en orden a resolver la apelación y consulta de la Sentencia N° 215 del 2 de agosto de 2024, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, tramite al cual se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva **PROTECCIÓN S.A.** y llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-009-2024-00102-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones: se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante, del RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**; como consecuencia de lo anterior, se declare que válida y vigente la afiliación con **COLPENSIONES**; se ordene el traslado a **COLPENSIONES** junto con el capital ahorrado; se condene en costas al extremo pasivo en caso de oposición, así como también a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Los hechos: la demandante nació el 23 de enero de 1962, es decir que, a la fecha cuenta con 62 años; estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES** desde diciembre de 1993; luego se trasladó a **COLFONDOS**



S.A.; afirma que, tanto **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** no le proporcionaron asesoría, cálculos o proyecciones para tomar su decisión de manera informada; sostiene que, la liquidación de la pensión es superior en **COLPENSIONES**, respecto de la que le concedería **COLFONDOS S.A.**.

Posteriormente elevó derecho de petición ante **COLFONDOS S.A.** el 17 de noviembre del 2023, a través del cual solicitó la nulidad del traslado, así como el traspaso a **COLPENSIONES**, sin embargo, la entidad se negó mediante misiva del 24 de noviembre del 2023; finalmente informa que, de igual forma solicitó ante **COLPENSIONES** el 23 de enero del 2024, la nulidad del traslado de régimen pensional, no obstante, la entidad a la fecha de presentación de la demanda no emitió respuesta alguna.

REPLICAS

COLPENSIONES de los hechos manifiesta que, son ciertos el 1°, 4°, 12°, 13° y 14°; parcialmente cierto el 2°; apreciaciones subjetivas lo enunciado en el 10° y 11°; en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito: VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RAIS; ACEPTACIÓN IMPLÍCITA DE LA VOLUNTAD DEL AFILIADO; SANEAMIENTO DE UNA PRESUNTA NULIDAD; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; GENÉRICA Y DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES.

PROTECCIÓN S.A. de los supuestos facticos indica que, son apreciaciones de la contraparte lo enunciado en el 11°; respecto del resto afirma que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; NO INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA; NO EXISTIÓ NINGÚN VICIO EN EL CONSENTIMIENTO AL FIRMAR SU AFILIACIÓN; LA PARTE DEMANDANTE INCUMPLIÓ SU DEBER DE INFORMARSE; LA AFP PROTECCIÓN NO ES POSEEDORA DE LOS DINEROS QUE SE ENCUENTRAN 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 O RECISIÓN DE LA ACCIÓN ALEGADA POR LA PARTE DEMANDANTE, ADUCIENDO QUE FUE INDUCIDA A UN ERROR; NO PUEDE PREDICARSE QUE HUBO UN 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 EL 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 QUE REPRESENTO; 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; LIBERTAD EN LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN; PRESCRIPCIÓN; PAGO Y COMPENSACIÓN; BUENA FE Y GENÉRICA.

COLFONDOS S.A. de los hechos señala que, es cierto el 1°, 2°, 12° y 13°; no le consta el 3°, 8°, 14° y 15°; en cuanto al resto sostiene que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepción previa: FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO¹, y como excepciones de fondo: PROHIBICIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONTIMIENTO; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CASA POR PASIVA; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; COMPENSACIÓN Y PAGO; ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA ANTE UNA EVENTUAL CONDENA FRENTE A LA DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y SEGUROS PREVISIONALES; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO Y LA INNOMINADA.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

COLFONDOS S.A. llama en garantía a la aseguradora **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** bajo los siguientes:

Hechos: la demandante suscribió formulario de vinculación con Colfondos el 17 de diciembre de 1997; Colfondos realizó pagos para cubrir los seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia de sus afiliados; en consecuencia, se suscribió con Allianz la póliza No. 0209000001-1 para la vigencia entre el 1 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2000; que dicha póliza fue pagada con los recursos

¹ El Juzgado de conocimiento a través del Auto No. 0658 del 18 de marzo del 2024, dispuso entre otros, la integración de Protección S.A. en calidad de litisconsorte necesario por pasiva.



provenientes de las cotizaciones de la demandante; de manera que, Colfondos cumplió con su mandato legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, no dispone de los recursos para responder ante una eventual condena por devolución de seguros previsionales.

Pretensiones: se vincule a la aseguradora Allianz y en caso de condena a la AFP Colfondos, por devolución de seguros previsionales, se disponga que la llamada en garantía asuma dicha restitución. Subsidiariamente solicita en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, se extienda los efectos al contrato de seguro previsional suscrito entre Colfondos y Allianz; en consecuencia, se ordene a la llamada retornar los seguros previsionales.

Replica:

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. frente a los hechos de la demanda aduce que no le constan. Se opone a las pretensiones e impetra las excepciones: **EXCEPCIONES FORMULADAS POR QUIEN EFECTUÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA; AFILIACIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA DE LA SEÑORA MARTHA SOFIA URREGO VARON AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO; PROHIBICIÓN DE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.**

EL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DEL RAIS DENOTA LA VOLUNTAD DE LA AFILIADA DE PERMANECER EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y CONSIGO, SE CONFIGURA UN ACTO DE RELACIONAMIENTO QUE PRESUPONE EL CONOCIMIENTO DEL FUNCIONAMIENTO DE DICHO RÉGIMEN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; GENÉRICA O INNOMINADA.

Por otro lado, de los supuestos facticos del llamado en garantía expresa que, es cierto el 1° y 2°; en cuanto a los demás refiere que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito: **ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE COLFONDOS S.A. AL LLAMAR EN GARANTÍA A ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. AÚN CUANDO LA AFP TIENE PLENO CONOCIMIENTO QUE NO LE ASISTE EL DERECHO DE OBTENER LA DEVOLUCIÓN Y/O RESTITUCIÓN DE LA PRIMA; AL NO PROSPERAR LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, LAS AGENCIAS**



EN DERECHO A FAVOR DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. DEBEN LIQUIDARSE POR UN VALOR IGUAL AL ASUMIDO QUE COMPENSE EL ESFUERZO REALIZADO Y LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL QUE IMPLICÓ LA CAUSA; INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL AL ESTAR DEBIDAMENTE DEVENGADA EN RAZÓN DEL RIESGO ASUMIDO.

INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. POR CUANTO LA PRIMA DEBE PAGARSE CON LOS RECURSO PROPIOS DE LA AFP CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO; INEXISTENCIA RESPONSABILIDAD DE AFP DEVOLVER LAS PRIMAS DE SEGURO PREVISIONAL A COLPENSIONES SI SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO, POR CUANTO EL PAGO DE ESTAS ES UNA SITUACIÓN QUE SE CONSOLIDÓ EN EL TIEMPO Y NO ES POSIBLE RETROTRAER (SU 107 DE 2024); LA INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO NO CONLLEVA LA INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL; LA EVENTUAL DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO NO PUEDE AFECTAR A TERCEROS DE BUENA FE; FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO PREVISIONAL No. 0209000001; PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL SEGURO; APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL SEGURO Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 215 del 2 de agosto de 2024, resolvió:

- 1.- **DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES** propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas y la litis por pasiva.
- 2.- **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado inicialmente por **ING S.A.**, hoy **PROTECCION S.A.**, y, posteriormente por **COLFONDOS S.A.**
- 3.- Como consecuencia de lo anterior, la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**, debe ser admitida en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición.



4.- ORDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, representada legalmente por el doctor ALAIN ALFONSO FOUCRIER VIANA, o por quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliada la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con sus respectivos rendimientos, y los bonos pensionales a que haya lugar.

5.- ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, representada legalmente por el doctor JAIME DUSSAN CALDERON, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**, los aportes realizados por ésta, a COLFONDOS S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos.

6.- ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, representada legalmente por el doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO, o quien haga sus veces, y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, representada legalmente por el doctor ALAIN ALFONSO FOUCRIER VIANA, o por quien haga sus veces, de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

7.- ABSOLVER a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, representada legalmente por el doctor JUAN MANUEL TRUJILLO SANCHEZ, o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instaurada por la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**, así como de todas y cada una de las pretensiones realizadas por COLFONDOS S.A., en el llamamiento en garantía.

8.- COSTAS a cargo de la parte accionada. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. **FIJESE** la suma de **\$1.300.000**, en que este Despacho estima las **AGENCIAS EN DERECHO**, a cargo de cada una de las demandadas, **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., y COLFONDOS S.A.**, y a favor de la accionante.

9.- La presente sentencia, **CONSULTESE** ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. mediante su mandataria judicial sostiene que, la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen de manera libre y voluntaria, lo cual se confirma con la prueba recaudada, pues la demandante en interrogatorio así lo manifestó, voluntad que quedó plasmada en el formulario; afirma que, no hubo vicios del consentimiento, por ende, no procede la ineficacia; su representada afirma que si brindó toda la información requerida, como se indica en el formulario de afiliación; de otro lado, la diligencia del deber y cuidado también compete a la



demandante; por expresa prohibición legal no es dable el traslado de régimen; alude que no es viable la retroactividad de las normas, por lo que debe examinarse la actuación con la legislación de la fecha del acto.

Respecto de la devolución de gastos y primas, advierte que el Decreto 3995 del 2008, establece de manera taxativa los rubros a trasladar, sin que dicha norma disponga el traslado de los mencionados emolumentos; indica que la ineficacia no puede revertir los actos y contratos con las aseguradoras que ya fueron consumados, por ende, restituir la prima atenta contra el sistema y se generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; finalmente señala que, las disposiciones legales señalan los eventos en que se declara la ineficacia, sin que pueda estipularse el factor económico como causal de la misma.

COLPENSIONES por medio de su apoderada judicial sustenta que, la demandante debe demostrar la pérdida de una expectativa legítima o tránsito legislativo que fuera ocasionada por la decisión de trasladarse de régimen; por otro lado, no se avizora vicio del consentimiento y asalto en su buena fe; se opone a la obligación de recibir al demandante en el RPMPD, pues se vulnera la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el futuro pensional de los demás afiliados, por una eventual prestación e intereses moratorios a cargo de Colpensiones, sin haber percibido su representada las cotizaciones de la actora durante toda su vida laboral, por lo expuesto solicita se revoque en su integridad la sentencia.

CONSIDERACIONES

Preliminar

La Sala decide el recurso de apelación formulado por la parte disidente (art. 15, literal B, numeral 1 del CPTSS) y, de igual modo, el grado jurisdiccional de consulta por ser la decisión desfavorable a **COLPENSIONES**, ente sobre el cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 del CPTSS).



Objeto

Dicho lo anterior, para resolver el problema jurídico que nos atañe, implica efectuar un análisis minucioso para distinguir entre la ineficacia de traslado de régimen pensional reglado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y por otro lado, el traslado voluntario incorporado en el artículo 76 de la Ley 2381 del 2024, ello con el fin último de determinar si la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON** tiene derecho a su reincorporación al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, con el correlativo traslado de recursos, prescripción y costas procesales.

Marco Legal y Jurisprudencial

Ley 2381 del 2024 – Artículo 75 y 76

Frente a la nueva disposición legal que, “establece el sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”, que tiene por objeto: “... garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de los derechos de las personas que se determinan en la presente ley a través de un sistema de pilares, fundamentado en los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia en los términos previstos en el artículo 48 de la Constitución Política.”

Dicho compendio normativo establece en su artículo 75:

“Régimen de Transición. A las personas que, a la entrada en vigencia de este Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, cuenten con setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas para el caso de las mujeres y novecientas (900) semanas cotizadas para el caso de los hombres, se les continuará aplicando en su totalidad la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen, deroguen o sustituyan. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: las semanas cotizadas en cualquiera de los reglamentos pensionales de la Ley 100 de 1993, Solidario de Prima Media con Prestación Definida de Ahorro Individual con Solidaridad, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas...”

Luego, en el artículo 76 dicta:

“Oportunidad de traslado. as personas que tengan setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas, para el caso de las mujeres, y novecientas (900) semanas cotizadas, para el caso de los hombres, y que les falten menos de diez años para tener la edad de pensión, tendrán dos (2) años a partir de la promulgación de la presente ley para trasladarse de



régimen respecto de la normatividad anterior, previa la doble asesoría de que trata la Ley 1748 de 2014...”

En sentir mayoritario de la sala este último precepto se encuentra vigente, es por ello por lo que, se plantea la distinción entre ineficacia y traslado. En este orden de ideas, a través de la primera vía, es decir, la ineficacia, se cuestiona el cambio del régimen pensional de reparto (RPMPD) al de ahorro individual (RAIS), en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, debido a la falta de consentimiento informado y por vía jurisprudencial se ha hecho más notorio este aspecto en las personas que perdieron el régimen de transición que estableció el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o la prohibición de movilidad entre regímenes cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Tiene efecto retroactivo.

Por la segunda vía y bajo la nueva normatividad el traslado voluntario elimina las limitaciones que impedían el cambio entre los regímenes de RPM y RAIS, aunque maneja de forma diferente los valores que financian la pensión, ya que los mantiene en manos de las AFP hasta “(...) el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior” (Art. 76 Ley 2381/2024).

En nuestro sentir, las disposiciones que emanan del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, son permisos a los afiliados que se encuentren dentro del ámbito de aplicación subjetiva² y objetiva³ para que se puedan trasladar de régimen sin necesidad de acudir a un proceso judicial y previa doble asesoría. Pero dichas normas son restrictivas respecto a los afiliados o que no cumplen dichas condiciones o no desean utilizar dicho mecanismo o no les convence la doble asesoría. No tiene efecto retroactivo.

Como repercusiones, del traslado de la nueva normatividad, los valores contenidos en las cuentas de ahorro individual **de las personas que hagan uso de este**

² ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA: Se aplica a las personas que tengan 750 semanas cotizadas, para el caso de las mujeres y 900 semanas cotizadas para el caso de los hombres y que les falten menos de 10 años para tener la edad de pensión.

³ ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA: Dichas personas tienen 2 años a partir de la promulgación de la ley (16 de julio de 2024 hasta 16 de julio de 2026), para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa doble asesoría de Ley 1748/14. Implica un acto individual y voluntario de trasladarse después de que se le haga la doble asesoría, como única carga de diligencia y de prueba.



mecanismo seguirán siendo administrados por la AFP hasta el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior. Las negrillas implican una categorización restrictiva porque la limitante se impone a quienes hagan uso exclusivo de ese mecanismo, no se puede extender otras hipótesis no previstas en el texto. No se devuelven el porcentaje de GPM, gastos de administración, cobro de primas previsionales y valores en cuentas de rezago. La administración se mantiene en la AFP hasta que se presenten dos situaciones o se consolide la pensión integral de vejez o se consolide (causación) la pensión de vejez del régimen anterior.

Ley 100 de 1993 – Artículo 271

La fuente legal de la ineficacia está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de Organismos e Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y la afiliación respectiva quedará sin efecto.

El ámbito de aplicación subjetiva: Todas las personas que se encuentren afiliados al sistema; comprende a los que tienen única afiliación en cualquiera de los regímenes y todo dentro del marco de aplicación objetiva que se señalará. No se requiere de un determinado número de semanas para que se les pueda aplicar a los afiliados la ineficacia, ni la falta de un número de años para pensionarse aparece en su ámbito de aplicación subjetiva, aunque se ha utilizado mayormente con quienes le faltaba menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Y su ámbito de aplicación objetiva: Afiliados que no han recibido información completa, adecuada, correspondiente e integral. Actos que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral; la respectiva afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Se requiere de un proceso declarativo que



imponga la ineficacia de traslado. Tiene implicaciones de carga de la prueba, las cuales recaen en mayor medida a las AFP quienes fueron las que dieron la información.

Como consecuencia, según la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral las AFP deben devolver cotizaciones en las cuentas, rendimientos, gastos de administración, el porcentaje de GPM, descuentos por seguros previsionales, cuentas de rezagos, indexación y ahorros voluntarios.

Según Corte Constitucional se restringen las devoluciones a saldos en cuenta, rendimientos etc., descartando gastos de administración, porcentaje del GPM, descuentos por seguros previsionales, cuentas de rezagos, indexación, ahorros voluntarios.

En ambos casos los componentes antes mencionados se devuelven de forma inmediata a la ejecutoria de la sentencia, sin que se espere pensión. Tiene efectos retroactivos.

Otras Disposiciones Legales

La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas, a saber:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia – Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional



CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL2946-2021:

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP 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.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe 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.”

La evolución del deber de información no ha sido estática y con el trasegar del tiempo se han adherido más obligaciones para AFP'S para con sus afiliados de forma acumulativa, por lo tanto, cada caso debe ser examinado conforme al contexto temporal normativo de la época del traslado, se relaciona a continuación las diferentes etapas normativas en dicha materia que ha desarrollado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--|--|---|
| 1- Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| 2- Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, 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 |



| | | |
|--|--|---|
| <p>3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</p> | <p>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</p> | <p>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</p> |
|--|--|---|

Cuando se presentan **múltiples traslados**⁴ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Frente a los **actos de relacionamiento** la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen, toda vez que, la discusión gira en determinar si la persona recibió información integral para tomar la decisión, lo cual no se sustituye ni ratifica con los múltiples traslados:

“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez:

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga:

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige el plasmado en las referidas providencias de la Sala de Descongestión Laboral de esta Corte, toda vez que no encajan en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

⁴ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021.

En la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.



Jurisprudencia de la Corte Constitucional - Sentencia SU 107 del 2024

La Corte Constitucional modula el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria y emolumentos a retornar por restituciones mutuas, en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009.

“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 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 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).

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

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

Caso Concreto

Se encuentra acreditado dentro del proceso que, la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON** nació el 23 de enero de 1962 - edad actual 62 años⁵, por otro

⁵ Cuaderno Juzgado, 03Anexos, Copia de cedula de ciudadanía, Pág. 1.



lado, tiene 1.201,14 semanas cotizadas 1 de marzo de 2024⁶, situación que no impide que se pueda declarar la ineficacia como más adelante se verá, sin perjuicio de que pueda optar por trasladarse de régimen dentro del término previsto en el artículo 76 de dicha disposición legal.

El artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, habla de un traslado voluntario en el interregno de dos (2) años a partir de la promulgación, tiene efectos hacía el futuro; en cambio, la ineficacia es una consecuencia del acto de traslado no informado y en ese sentido, este precepto no le hace perder la competencia al juez laboral para decidir las ineficacias y adicionalmente, debido a la naturaleza disímil de la ineficacia y del traslado, amén de que, el libelo fue presentado con anterioridad a la referida ley, lo cual se destaca con mayor amplitud con el efecto retroactivo de la ineficacia de borrar todo lo anterior, volviendo las cosas al estado anterior al traslado no informado.

Sobre normas restrictivas y su interpretación no extensiva, tenemos que, que su interpretación es taxativa y rígida, excluye la analogía, no pueden ser ampliadas. Al respecto tomamos el Concepto Sala Consulta C.E. 2166 DE 2013 Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No 11001-03-06-000-2013-00407-00 Número Interno 2166 de 24 de julio de 2013 C.P. Dr. ÁLVARO NAMÉN VARGAS, que condensa lo que se ha dicho en esta materia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, cuando señaló:

“...La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷ y del Consejo de Estado⁸ coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues

⁶ Cuaderno Juzgado, 11MemorialContestacionDemandaColfondosSaLlamamientoGarantia, Reporte de días acreditados- Colfondos, Pág. 24 y SS.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-233 de 4 de abril de 2002, expediente D-3704; C-551 de 9 de junio de 2003, expediente CRF-01 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente D-D7966, entre otras.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01 (PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y , Sección Tercera . Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01 (PI), entre otras.



como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.

Así, en esta materia cobra importancia la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual, “[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación...” (“favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda”); y de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas prohibitivas, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “[e]n la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”⁹.

En consecuencia, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador...”

En la sentencia C-273/99 la Corte Constitucional precisó:

“El principio de primacía de los derechos (C.P. art. 5) le indica al operador del derecho que interprete la totalidad de las disposiciones de la manera que mejor consulte el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Por eso, por ejemplo, las normas que imponen sanciones o que establecen límites a los derechos son de interpretación restrictiva. Las reglas que el intérprete pretenda derivar de una disposición jurídica, al margen de este principio hermenéutico, carecerán de todo valor jurídico.”

Vistos los ámbitos de aplicación subjetiva, objetiva y consecuencias, el artículo 76 de la Ley 2381/24 es de orden público, pero solamente cubija las situaciones contempladas en dicho precepto y sus consecuencias, no pudiendo entonces trasladarse sus ámbitos de aplicación a las ineficacias, ni mucho menos sus consecuencias, a lo sumo se podrá aplicar dicha regla como refuerzo a las ineficacias, porque en ese caso no es restrictivo y eventualmente puede ser complementario de las mismas frente a casos en que coincidan los requisitos del caso con la nueva disposición, para entender como un signo inequívoco que la persona se quiere trasladar, pero no más allá de ese aspecto.

En ese orden de ideas, la Sala procede con el análisis del caso, a fin de determinar la procedencia de las pretensiones encaminadas a la ineficacia de traslado de régimen pensional.

⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 1898, XIV, 92, reiterada por la Sala de Casación Laboral de esa misma corporación en sentencia de 24 de julio de 1998, radicación 10767.



Frente al Sistema de Seguridad Social en Pensiones se tiene que, la demandante se afilió al RPMPD – **COLPENSIONES** desde el 6 de marzo de 1985¹⁰, posteriormente se trasladó al RAIS – ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** desde el 1 de marzo de 1996, según informa el Historial de Vinculación de Asofondos¹¹:

Hora de la consulta : 8:49:33 AM

Afiliado: CC 51642849 MARTHA SOFIA URREGO VARON [Ver detalle](#)

| Vinculaciones para : CC 51642849 | | | | | | | |
|----------------------------------|--------------------|------------------|-------------|--------------|------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino | AFP origen | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
| Traslado regimen | 1996-02-05 | 2004/04/16 | ING | COLPENSIONES | | 1996-03-01 | 1998-01-31 |
| Traslado de AFP | 1997-12-17 | 2004/04/16 | COLFONDOS | ING | | 1998-02-01 | |

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar a la demandante: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Lo anterior, valga recordar deviene de los 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 (sic) de 2003 y disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.

Profundizando en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, se tiene que su literalidad prescribe que no se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social, cuando se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios mínimos previstos en el artículo 53 de la Carta Política, de donde deviene que la falta de información afecta la dignidad humana, pues, se trata al ser humano como una mercancía, esto es, como un medio para hacer efectiva una afiliación, siendo el proceso al revés, el sistema al servicio del

¹⁰ Cuaderno Juzgado, 12MemorialExpedienteAdmonColpensiones, Reporte de semanas cotizadas en pensiones – Colpensiones, pág. 232.

¹¹ Cuaderno Juzgado, 11MemorialContestacionDemandaColfondosSaLlamamientoGarantia, Historial de vinculaciones Asofondos, pág. 22.



ser humano; se afecta la libertad individual, pues, no se le permite al afiliado escoger entre las opciones que le brinda el ordenamiento jurídico de acuerdo con las informaciones que le permitan analizar las conveniencia frente a las opciones que le brinda cada régimen.

La libertad en general constituye uno de los grandes logros en el desarrollo histórico del hombre, que le ha permitido emanciparse de cualquier forma de esclavitud o de interferencia injustificada de otros individuos, grupos e incluso del mismo Estado. Sin embargo, tal derecho de orden natural, hoy positivizado, tiene límites precisos como lo son la libertad de los demás y los derechos de la comunidad.

De otro lado, la libertad se concibe en el sentido de que los no titulares de la libertad no deben intervenir en algunas esferas del individuo o grupos, lo cual conlleva una obligación de no hacer a cargo del Estado y los demás componentes de la sociedad. En esta concepción, el Estado además de abstenerse de intervenir, cumple una función garantizadora de la libertad frente a los que intenten restringir tal libertad.

De la anterior concepción de libertad, surge el concepto de libertad negativa, entendida como un espacio de acción sin la intervención de cualquier individuo, grupo y hasta el mismo Estado. Se insiste en que tal libertad no tiene límites indefinidos, sino que, dentro del marco de los derechos de los demás, en el resto del espacio el otro no puede interferir o intervenir.

Otro concepto de libertad conlleva a que el individuo o grupo pueda desenvolverse en la realización de lo que quiera, pero bajo el entendido de que tal querer debe ir encaminado al bien y no a restringir ni causar daño a los demás. Aquí surge el concepto de libertad en sentido positivo, como posibilidad de elegir entre diversas alternativas, de tal forma que se acometan conductas necesarias y razonables.

Es preciso acotar que, de antaño se ha determinado que la carga de la prueba recae sobre el extremo pasivo – Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS, no desde una inversión de la carga de la prueba, sino en el entendido de que quien asesoró sobre el traslado, debe acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos que impone el ordenamiento jurídico, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado.



No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados les imponen el deber de información, es por lo que estos deben precisar que información dieron.

En pocas palabras, en quien descansa el deber de informar, corre con la carga de la prueba de que informó y las condiciones en que lo hizo, so pena de correr con las consecuencias de tal omisión, que para el caso se entienda que no hubo información.

Respecto al tema, el tratadista Fernando Hinestrosa¹² ha indicado lo siguiente:

“349. información sobre las condiciones generales del contrato

La información que los partícipes de las negociaciones se deben proporcionar no solamente ha de estar referid y orientada a los aspectos técnicos, económicos y financieros, en sus distintos ámbitos, puntos, que, de ordinario, son aquellos en los que concentran su atención los negociadores, sino también ha de volcarse sobre las condiciones jurídicas del contrato. Por lo general las dos actividades se desenvuelven paralelamente y por personas o por equipos especializados. Acá la buena fe se proyecta singularmente en los deberes de sinceridad y claridad: veracidad, plenitud en la exposición del entendimiento de las condiciones generales y de las cláusulas o pactos a medida que se van proponiendo, a que se oponen la resistencia y el anhelo de sacar ventaja de cualquiera debilidad o descuido ajeno.

La normatividad relativa a los contratos de consumo muestra ejemplos de la imposición legal de información sobre el contenido del contrato y de explicación de su alcance. Por ejemplo, para el contrato de crédito de consumo se deberá informar al consumidor el monto a financiar, el interés remuneratorio y el moratorio, el sistema de liquidación utilizado, la periodicidad de las cuotas y el número de las mismas, entre otras cosas.”

Continúa más adelante el tratadista citado¹³ señalando:

“351. Consecuencias de la falta al deber de información

Teniendo en cuenta las apreciaciones y precisiones precedentes, es natural concluir que la falta de provisión de la información debida, oportuna, pertinente, veraz, completa, ha de generar consecuencias adversas para quien calló, en la medida en que esa omisión haya significado a la otra parte la celebración de un contrato que no habría celebrado de haber contado con aquella noticia, o haberlo celebrado en otras condiciones, o quebrantos por la adquisición de bienes o servicios inadecuados, o haber perdido oportunidades mejores de obtenerlos. Ello quiere decir que la víctima se le abre un abanico de remedios, alternativos unos, concurrentes

¹² HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II; De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 710.

¹³ Idem. Pág. 711.



otros, a su elección y de acuerdo con los respectivos supuestos de hecho como son la anulación del contrato por vicio de la voluntad (dolo o error) o por conflicto de intereses, rescisión o rebaja del precio por vicio redhibitorio, resarcimiento de daños, y en algunos contratos de consumo, derechamente el poder dejar sin efectos el contrato.”

Examinado el caudal probatorio documental recaudado: (*Historial de vinculación de Asofondos, Pantallazo de consulta estado de afiliados - Protección, Consulta histórico de pagos – Protección, Fragmentos de Comunicado de prensa – Editorial el Tiempo*), **PROTECCIÓN S.A.** no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, con el fin de permitirle valorar de forma integral las diferentes aristas e implicaciones su traslado, tanto desde percepción favorable como desfavorable de cada régimen frente a sus intereses

Respecto de la declaración de parte rendida por la demandante, se tiene que dicho medio probatorio no logró confesión alguna que la perjudicara, pues indicó que, en la empresa donde trabajó en la época del traslado de régimen, recibieron una visita de un asesor, el cual habló con cada persona explicando que la Ley 100 era el fondo de pensiones privadas, que el ISS estaba en un déficit y por ende, condenado a desaparecer, que podría pensionarse a cualquier edad y si no estaba contenta con el fondo podía retornar al RPM; también le indicaron que el monto de la pensión sería similar a la del ISS.

Sostiene que, no fue informada del termino para retractarse; que intentó regresar al régimen público antes de cumplir sus 47 años, pero en Colfondos le dijeron que no podía porque no cumplía con ciertos requisitos; que no fue informada del periodo de gracia que otorgó la Ley 797 del 2003; su intención de trasladarse a Colpensiones radica en el monto favorable de la pensión, pues en Colfondos recibiría un salario mínimo; que fue informada de que podía realizar aportes voluntarios por parte de Colfondos; que recibe extractos pero solo revisa el monto y las semanas.

En ese orden de ideas, **PROTECCIÓN S.A.** no consigue acreditar el cumplimiento del deber de información, bajo los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la materia, por lo que no se acreditó el consentimiento informado de la demandante frente al traslado de régimen, lo que deviene en la declaratoria de ineficacia rogada,



de ahí que, habrá de modificarse el fallo en este aspecto para precisar el acto declarado ineficaz.

Traslado de Recursos

La inobservancia del deber de información, de parte de los fondos de pensionales, trae como secuela la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuyos efectos acarrea que dicho acto jurídico no se materializó y, por lo tanto, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen (SL 1467-2021), de otro lado, acaece la devolución de los recursos que conforman el capital pensional del afiliado y las erogaciones dentro del RAIS, así lo señaló el Órgano de Cierre de la Jurisdicción en providencia SL5292-2021:

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

Por su parte, la Corte Constitucional en SU 107 del 2024

“... 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...”

Conforme al artículo 1746 del Código Civil, la nulidad da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, consagrando un efecto retroactivo, salvo los casos de los contratos



con incapaces y en los eventos de objeto y causa ilícita. En últimas, lo referente a restituciones mutuas es de carácter objetivo.

La Corte Constitucional, en Sentencia SU 107 de 2024, niega la posibilidad de reintegro y devolución por parte de las AFP, los conceptos por gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales y los aportes voluntarios de los afiliados, entre otras razones, porque esas situaciones quedaron consolidadas a través de ciertos actos jurídicos y respecto de los aportes voluntarios porque estos sirven de fundamento para la reducción del porcentaje de la renta del afiliado.

Sea lo primero indicar que, el manejo de restituciones mutuas no es uniforme en el derecho colombiano, pues, para la resolución de contrato conforme al artículo 1545 del Código Civil verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos hayan dispuesto lo contrario, aspecto que coincidiría con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia citada y específicamente en el aparte transcrito anteriormente. Lo anterior, sin perjuicio a lo dispuesto por el art. 1932 del C.C para la resolución de la compraventa respecto al cual si se le da un carácter retroactivo en materia de restituciones y frutos

El problema se suscita en que en el derecho colombiano no se regula las restituciones mutuas para la ineficacia, siendo figura más acorde para regular este aspecto el referente a la restitución de frutos en la nulidad y no en la resolución, ya que, se asemeja más en cuanto a que en ineficacia y nulidad se analiza un vicio o defecto al surgir el acto o negocio jurídico, en cambio, la resolución se presenta un incumplimiento de las prestaciones por uno de los contratantes, es decir, el defecto se presenta en el desarrollo del objeto o iters contractual.

Comulgando entonces con los efectos retroactivos de nulidad e ineficacia, los actos consolidados si no se pueden devolver procede el equivalente pecuniario como más adelante veremos, encontrando razones en esta diferenciación para no acoger la tesis de la Corte Constitucional.

Si nos detenemos en el artículo 964 del Código Civil que regula la inexistencia de los frutos por imposibilidad tenemos que en ese caso se deben el valor que tenían



y al ser deudor de mala fe deberá responder con su patrimonio con independencia que haya celebrado o no nuevos contratos con unos terceros, respecto de los cuales no es necesario que estén vinculados en el proceso.

Es importante resaltar que, cuando estamos en presencia de dar una suma de dinero, no hay imposibilidad, pues, en este tipo de obligaciones se produce *perpetuato obligationis*, es decir, el deudor sigue obligado al pago de la cantidad debida, sin que sea dable alegar ni si quiera el caso fortuito ni derechos de terceros.

Aún más, en el ámbito contractual y en el evento de imposibilidad sobrevenida de la prestación, imputable al deudor, es factible conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación (*aestimatio rei*) como algo previo e independiente de la indemnización de ulteriores o adicionales daños y perjuicios, es lo que se conoce en la doctrina como autonomía de cumplimiento por equivalente.

Al respecto es bueno dejar claridad que, la Sala no está diciendo que la *aestimatio rei* sea una situación de reparación o de indemnización, pues, es una situación distinta.

En ese orden, la *aestimatio* es una prolongación de la prestación originaria y genuina y, la *perpetuatio obligationis* es un mecanismo jurídico de asignación al deudor del riesgo de imposibilidad sobrevenida de la prestación y, para diferenciarlo de la indemnización, esta última viene a ser un instrumento de imputación de los daños derivados del incumplimiento del vínculo obligatorio.

El profesor FERNANDO HINESTROSA señala que el fenómeno restitutorio no es una medida represiva, sino ablativa, por lo que la incorrección, la deslealtad o el incumplimiento de uno de los contratantes son circunstancias aparte que adquiere relevancia para la determinación resarcitoria, mas no en la restitutoria que es una consecuencia directa, indefectible e ineludible de la cancelación del contrato, e igual para ambas partes en toda eventualidad.¹⁴

¹⁴ HINESTROSA, FERNANDO salvamento de voto a la sentencia de 21 de marzo de 1995, exp. 3328 CSJ SC y Las Restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato, en Estudios de derecho privado en homenaje a CHRISTIAN LAURROMET, Universidad del Rosario, Bogotá 2008, págs. 463 y s.s.



Todo lo anterior, en nuestro sentir desvirtúa el argumento esbozado por la Corte Constitucional para impedir la devolución de esos componentes.

De igual forma se desestima lo dicho por la Corte Constitucional si se tiene en cuenta los artículos 7¹⁵ y 9¹⁶ del Decreto 3995 de 2008, aplicables por analogía a las ineficacias de traslados, pues, estas disposiciones regulan la multivinculación y traslado de regímenes pensionales.

Como se ha dicho en otras oportunidades, la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha ineficacia.

En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal

¹⁵ **Artículo 7º.** *Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:*

Quando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado. Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. *Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.*

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.

¹⁶ **Artículo 9º.** *Cotizaciones voluntarias. En el evento en que el afiliado haya realizado cotizaciones voluntarias al RAIS dentro de su cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias, si una vez resuelta la situación de múltiple vinculación se establece que está vinculado al RPM, la administradora del RAIS deberá informar al afiliado la posibilidad de retirar tales cotizaciones o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que el afiliado guarde silencio, las cotizaciones voluntarias quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados.*



para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.

Lo anterior implica que, la figura de la ineficacia está contenida en una regla que en sí misma no entra en contradicción ni conflicto con el principio de sostenibilidad fiscal, pues, no hay generación ni de laguna axiológica ni de antinomia, en la medida en que se analiza, si se dio el supuesto de hecho, falta de consentimiento informado que da lugar a una consecuencia que afecta en su origen a la relación jurídica de traslado, la cual se le conoce como ineficacia, por lo anterior, en estos eventos no hay test de proporcionalidad que realizar.

Ahora bien, las posibles consecuencias económicas derivadas de la ineficacia no deberían afectar al sistema pensional en cuanto a que, el fondo privado que no cumplió con los requisitos para que se surtiera un traslado eficaz, con su patrimonio debe entrar a responder.

Pese a lo anterior, hay un sin número de circunstancias donde, de una u otra manera, el sistema general de pensiones por las consecuencias de la ineficacia toca la estabilidad financiera del sistema de pensiones y por ello intentaremos realizar un test de proporcionalidad.

El conflicto se suscita entre los derechos o digamos más claramente los intereses del fondo de pensiones del RAIS, quien debe devolver en esencia, los cuatro componentes anteriormente vistos (*gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales y los aportes voluntarios de los afiliados*), y los derechos o intereses de la administradora del RPMPD, última quien recibirá cotizaciones y rendimientos, y el bono pensional si lo hubiere, pero asumirá una carga prestacional eventualmente alta. Si bien la Corte habla de ello, no entra en la ponderación de esos dos intereses, a los cuales también habrá que sumar los intereses de un tercero específico y fundamental como lo es el afiliado y su dignidad, a partir del principio de suficiencia de las pensiones y, el mínimo vital cualitativo y cuantitativo.



Para realizar el test de proporcionalidad en sus fases, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, en su primer componente, tenemos que, el no devolver los cuatro componentes, anteriormente referenciados es una medida que podría catalogarse de constitucionalmente aceptable, pues, se busca la realización de principios como la seguridad jurídica y de cierta manera la estabilidad de las finanzas de las empresas y del sistema.

En el juicio de necesidad se busca entre las diversas opciones si la medida tomada es la más benigna para el interés del fondo privado, pues, se debe descartar la posibilidad de aplicar otra medida menos onerosa para el derecho afectado, en cuyo caso la medida a tomar se torna inconstitucional. Para la Sala devolver los cuatro componentes analizados es la medida más benigna, lo cual implica que no debería seguirse con el test, sin embargo, la Corte Constitucional exonera de ese componente y trata de imponer solamente la devolución del bono, del saldo en la cuenta y los rendimientos.

Pese a lo anterior, intentaremos la realización del paso de la proporcionalidad en sentido estricto, con el cual se busca determinar si la importancia de la satisfacción de uno de los derechos fundamentales es capaz de justificar el sacrificio del otro, para lo que deben mirarse la optimización en la aplicación de los valores constitucionales.

Un punto de partida clave es que la pretensión del interesado respecto del Derecho Fundamental es tan legítima, prima facie, como la del otro sujeto de derecho por el respeto de su medida.

Otro aspecto importante, consiste en que la limitación del Derecho Fundamental de la persona debe proceder de manera excepcional, cuando siendo adecuada y necesaria la medida, satisfaga un interés constitucionalmente prioritario, suficientemente intenso como para prevalecer.

Un derecho fundamental solo puede ser sacrificado por otro si la importancia de la satisfacción de éste es mayor. En ese orden, cuanto mayor sea la limitación del Derecho Fundamental de un determinado sujeto, más importante debe ser el interés a satisfacer por el otro sujeto en conflicto. Asimismo, cuanto mayor sea la limitación



de la libertad de un determinado sujeto, más importante debe ser el interés a satisfacer de los intereses de otro sujeto que entra en conflicto.

Para mirar el peso de los derechos en conflicto se debe acudir a dos variables: el peso abstracto, que implica la importancia material de cada derecho fundamental dentro del sistema constitucional, para lo cual debe considerarlo en función de su conexión con los valores nucleares de éste (elemento cualitativo); el peso concreto presupone la intensidad de la intervención sobre cada derecho fundamental.

¿Cómo valorar el peso abstracto de cada derecho?. Entre los derechos constitucionales pueden distinguirse jerarquías según la proximidad a la base de la Constitución, lo que permite atribuir una relevancia especial al ejercicio de la libertad ideológica, de expresión e información, de reunión y manifestación, los cuales guardan relación con la idea de democracia; de igual manera, los derechos al mínimo vital, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad y a la propia imagen que guardan relación íntima con la dignidad humana.

El paso a seguir es calcular el grado de afectación que sufriría cada derecho fundamental de verse limitado o no poderse ejercer, para lo cual se exige una valoración empírica que ha de efectuarse caso por caso; debe mirarse las facultades afectadas, su importancia, su duración etc.

La ponderación debe realizarse comparando el peso de cada derecho para establecer la precedencia del mayor peso. En los casos fáciles no resulta problemática la situación pues los pesos son distintos, la dificultad se presenta en los casos difíciles donde existe empate.

Estos empates se pueden resolver en atención a la presencia de otros bienes o valores constitucionales, como la vida, la salud y la seguridad de las personas.

En sentir de la Sala el test de proporcionalidad en estricto sentido no se pasa y resulta viable que los fondos privados devuelvan todos los componentes a que se han hecho referencia, por lo siguiente:

Cuando el RAIS ha otorgado una pensión, con afectación al principio de suficiencia de la pensión sumada a la dignidad humana calificada por el mínimo vital y móvil,



la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha expresado en la sentencia SL373 de 2021, que el pensionado tiene derecho a una indemnización.

Esta Sala ha considerado que, antes que una indemnización es una reintegración de derechos lo que procede en dicho evento, y si no se acepta tal aspecto, lo procedente es una reparación, que puede consistir en una renta vitalicia. En ambos casos, se parte de la teoría de la diferencia de FRIEDERICH MONSEN, no en los términos abstractos del jurista alemán de diferencia de patrimonio, sino en las concreciones propias de una diferencia de pensión, todo ello, ligado al principio de reparación integral que en términos muy simples implica: a igual afectación de un derecho igual reparación, lo cual conlleva a que si se afectó un derecho de tracto sucesivo vitalicio, imprescriptible y transmisible, la reparación debe tener el mismo contenido.

Lo anterior implica que, si se mira desde este punto de vista, la afectación del derecho o de los intereses del fondo privado de pensiones es alta si pensiona al afiliado, porque debe pagar una diferencia, pero si se le compara con el hecho de que si se da una ineficacia con posibilidad de volver al régimen de prima media con prestación definida, resulta nimio que se ordene un equivalente pecuniario en donde se comprenda no solo los saldos de la cuenta, los bonos pensionales y los rendimientos, más los rubros que la Corte Constitucional hoy excluye: gastos de administración, pago de primas de seguros previsional, aportes al fondo de garantías de pensión mínima y ahorros voluntarios.

Si se compara las consecuencias económicas de quedarse en el RAIS y pagar una diferencia a título de reintegración de derechos frente a la devolución de los aludidos rubros, estos resultan mucho menores que la primera opción, por lo tanto, ese mínimo sacrificio lo deben asumir los fondos privados.

La Corte en abstracto analiza los problemas que puede tener la estabilidad del sistema de pensiones y especialmente el régimen de prima media en un futuro lejano, sin embargo, asevera que los cuatro rubros que discuten los fondos no son suficientes para estabilizar el sistema pensional del RPMPD. Aquí se queda corta la Corte, pues, no devolver dichos rubros torna un mayor detrimento para el régimen de prima media.



Lo anterior, debe ser ampliado con los siguientes datos:

Cuando se estudia la concesión de la casación interpuesta por la AFP respectiva del RAIS su interés jurídico normalmente no alcanza para satisfacer el monto económico para acceder a ese recurso, por cuanto los gastos de administración con rendimientos y aún indexados resultan exiguos. En ese sentido, esta Sala en los acasos analizado solamente en un caso ha alcanzado el interés para acceder al recurso de casación en los eventos de ineficacia simple.

Cuando se pide la ineficacia y consecuentemente se acumula la pensión en el RPMPD la pensión en el menor de los casos supera en un 50% a la pensión del RAIS y en muchos casos supera 2, 3 o más veces la pensión que le otorgaría el RAIS, lo que denota el gran sacrificio para los intereses del RPMPD.

Solamente el sacrificio para el RAIS es mayor cuando ha pensionado al afiliado y le corresponde pagar una indemnización, empero, dichos casos en la práctica judicial son menos que las ineficacias de afiliados.

Siendo el sacrificio de los intereses del fondo del RAIS menor con todas las devoluciones que se ordenan (saldos en cuenta, bono pensional, rendimientos, pagos de primas de seguros previsionales, devolución de los aportes voluntarios, pagos por concepto de garantía de pensión mínima y gastos de administración), frente al sacrificio del RPMPD que pagará una pensión mayor, resulta que la medida judicial de devolución resulta ajustada a la constitución, por ser más importante tanto cualitativa como cuantitativamente el interés de COLPENSIONES que el interés de las AFP del RAIS.

Y ¿dónde quedó la persona humana del pensionado o afiliado?, que si se queda en el RAIS se encuentra afectado su pensión, en su cuantía y, si pasa al RPMPD este derecho se le garantiza, pero, se premia a quien, sin cumplir los principios de la buena fe, no dio una información adecuada y de paso se le patrocinaría un enriquecimiento sin causa a pesar de su conducta.

Por lo anterior, nos apartamos del precedente de la Corte Constitucional y acogemos el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que si ordena la devolución de gastos de administración, pago de primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y aportes voluntarios,



no con cargo al sistema sino con cargo al patrimonio del fondo privado lo cual consulta normas sustantivas y tiene el aval del principio de proporcionalidad en los términos ya explicados.

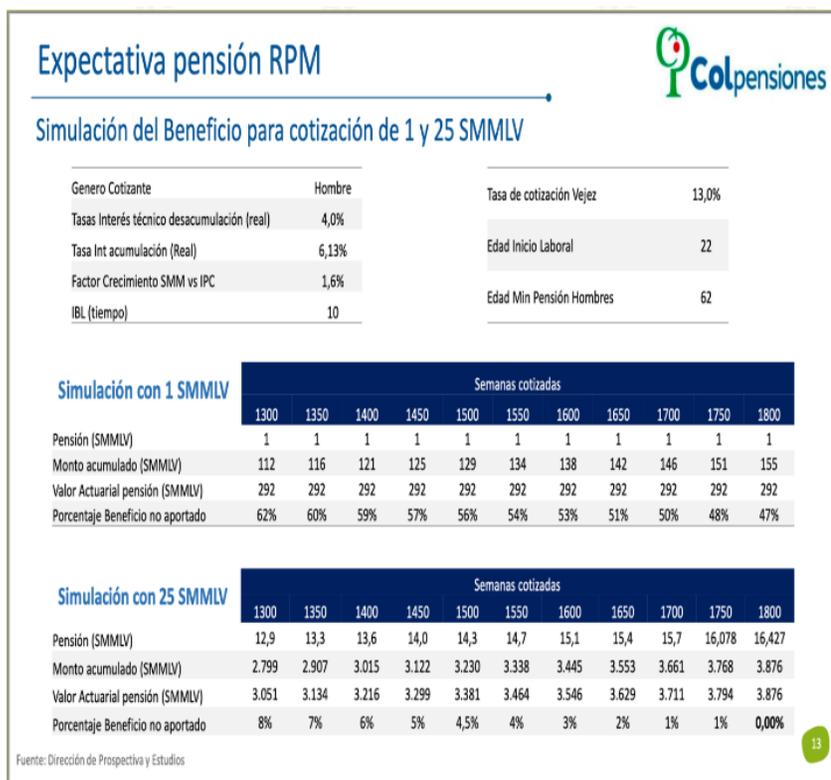
Con relación al argumento acerca de que los traslados masivos afectan las finanzas públicas, este sería atendible si la Corte Constitucional hubiese dicho que las ineficacias de traslado respecto a los afiliados que le faltasen menos de 10 años para el cumplimiento de la edad resultan improcedentes, empero, el mismo es contradictorio respecto a las devoluciones.

Adicionalmente, todos los derechos son costosos y muchos de los que pertenecen a la mal denominada primera generación y en especial, los que tienen que ver con la seguridad pública resultan tan costosos como los mal denominados de segunda generación, como las pensiones, siendo que estos últimos el afiliado contribuye con una cotización que resulta insuficiente, mientras que los primeros se sostienen exclusivamente con impuestos.

En la aclaración de voto a la sentencia SL810-2023 se dijo:

“Como un mero ejercicio académico, pero en aras de dar mayor claridad a mi argumento, creo conveniente observar que la Administradora Colombiana de pensiones –COLPENSIONES-, en la presentación denominada “Subcomité Reforma Pensional” de enero de 2023, al simular el beneficio o subsidio para la cotización que se hace entre 1 y 25 SMMLV, deja ver que el subsidio implícito del valor actuarial de la pensión, en términos porcentuales, resulta ser superior cuando la pensión se reconoce en cuantía de 1 SMMLV con 1300 semanas de cotización, que cuando se reconoce con un ingreso base de cotización de 25 SMMLV con las mismas 1300 semanas, dado que, en el primer caso, el subsidio pensional equivale al 62% del valor actuarial de la pensión y, en el otro, apenas al 8% para la referida pensión equivalente de 12,9 SMMLV.

Siguiendo esa misma línea, al simular el subsidio para una pensión de 1 SMMLV, pero con 1800 semanas de cotización, se aprecia que la pensión tiene un subsidio implícito del 47% de su valor actuarial, no obstante, cuando el ingreso base de cotización es de 25 SMMLV y se cotizan 1800 semanas, la financiación de la pensión equivalente a 16,427 SMMLV, contiene un subsidio implícito del “0,00%” del valor actuarial, como se aprecia en el siguiente cuadro:



El párrafo del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, prescribe:

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

Sin embargo, consideramos que si deben existir devoluciones por ser ineficacia y traslado dos instituciones distintas:

El traslado es un acto voluntario del afiliado dentro del marco normativo de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 2381 de 2024. La ineficacia, del traslado en cambio, busca dejar sin efectos un paso que jamás debió darse para suprimir toda mácula en el historial pensional de la demandante. Ello porque se desconoció por las AFP el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De manera que se trata de un análisis a la luz de las obligaciones legales de las AFP -de tipo cautelar, en el contexto de incertidumbre financiera en que se mueve el RAIS-. Es ubicar al afiliado y a la AFP en el estado que se encontraban antes del traslado, es más dice la norma *“la afiliación*



respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.

En ese mismo orden de ideas, las consecuencias de las devoluciones o restituciones mutuas difieren en ambas instituciones, por ello, de acuerdo con la institución, se efectuó el siguiente cuadro para ejemplificar:

| ART. 76 LEY 2381/24 TRASLADOS | INEFICACIAS (ART. 271 LEY 100 DE 1993) |
|--|---|
| <p>1.ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA</p> <p>Se aplica a las personas que tengan 750 semanas cotizadas, para el caso de las mujeres y 900 semanas cotizadas para el caso de los hombres y que les falten menos de 10 años para tener la edad de pensión.</p> | <p>1.ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA</p> <p>Todas las personas que se encuentren afiliados al sistema; comprende a los que tienen única afiliación en cualquiera de los regímenes y todo dentro del marco de aplicación objetiva que se señalará. No se requiere de un determinado número de semanas para que se les pueda aplicar a los afiliados la ineficacia, ni la falta de un número de años para pensionarse aparece en su ámbito de aplicación subjetiva, aunque se ha utilizado mayormente con quienes le faltaba menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.</p> |
| <p>2.ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA</p> <p>Dichas personas tienen 2 años a partir de la promulgación de la ley (16 de julio de 2024 hasta 16 de julio de 2026 para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa doble asesoría de Ley 1748/14. Implica un acto individual y voluntario de trasladarse después de que se le haga la doble asesoría, como única carga de diligencia y de prueba.</p> | <p>2.ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA</p> <p>Afiliados que no han recibido información completa, adecuada, correspondiente e integral. Actos que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral; la respectiva afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Se requiere de un proceso declarativo que imponga la ineficacia de traslado. Tiene implicaciones de carga de la prueba, las cuales recaen en mayor medida a las AF quienes fueron las que dieron la información.</p> |
| <p>3. CONSECUENCIAS</p> <p>Los valores contenidos en las cuentas de ahorro individual de las personas que hagan uso de este mecanismo seguirán siendo administrados por la AFP hasta el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior. Las negrillas implican una categorización restrictiva porque la limitante se impone a quienes hagan uso exclusivo de ese mecanismo, no se puede</p> | <p>3. CONSECUENCIAS</p> <p>Las cosas vuelven al estado anterior (CSJ SL3155-2022 y SI3188-2022 entre otras, donde se asevera que las partes en lo posible deben volver al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto de afiliación o traslado, es decir con efectos ex tunc (desde siempre-retroactivos)</p> <p>Según la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral las AFP deben devolver</p> |



extender otras hipótesis no previstas en el texto. No se devuelven ni % GPM, ni gastos de administración, ni cobro de primas previsionales, ni valores en cuentas de rezago. La administración se mantiene en la AFP hasta que se presenten dos situaciones o se consolide la pensión integral de vejez o se consolide (causación) la pensión de vejez del régimen anterior. Aparentemente deja por fuera a los que se podrían pasar del RPMPD a Ahorro individual pasar a gozar de la GPM con 1150 semanas. Efecto inmediato y hacia el futuro

cotizaciones en las cuentas, rendimientos, gastos de administración, % GPM, descuentos por seguros previsionales, cuentas de rezagos, indexación, ahorros voluntarios (**SL3465-2022, SL2229-2022, SL3188-2022 y SL3150-2023 entre otras**).

Según Corte Constitucional se restringen las devoluciones a saldos en cuenta, rendimientos etc., descartando gastos de administración, % GPM, descuentos por seguros previsionales, cuentas de rezagos, indexación, ahorros voluntarios.

En ambos casos los componentes antes mencionados se devuelven de forma inmediata a la ejecutoria de la sentencia, sin que se espere pensión u otro hecho.

En virtud de lo anterior, la demandante, tiene derecho a la ineficacia y a las devoluciones de los recursos en forma inmediata en los términos dispuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas, **COLFONDOS S.A.** deberá restituir a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el saldo de cuenta de rezago si los hubiere, en el plazo de 30 días hábiles posteriores a la ejecutoria de la presente decisión debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

PROTECCIÓN S.A. deberá restituir a **COLPENSIONES**, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el saldo de cuenta de rezago si los hubiere, en el mismo plazo enunciado en el inciso anterior.

Frente a las cotizaciones voluntarias **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deben aplicar el artículo 9 del Decreto 3995/08.

La decisión de la Sala tiene su génesis en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia, respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule expresamente los efectos económicos de la ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993, como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado



artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL 2946-2021¹⁷, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común de naturaleza pública.

Prescripción

Las acciones de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen son imprescriptibles, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción, adicionalmente al tratarse de una pretensión declarativa conexas a los derechos asistenciales del afiliado artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción¹⁸, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

¹⁷ “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

¹⁸ CSJ - SL2946-2021 “En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”



Costas Procesales

La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, en razón de ello, el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, en donde solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables.

Así las cosas, dado que **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** formularon excepciones como medios de defensa, y al salir avante las pretensiones de la contraparte, resulta procedente la imposición de costas a su cargo como parte vencida, lo que da paso a la confirmación de la condena.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos, **COLFONDOS S.A.**, y **COLPENSIONES**.

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se le da respuesta a los mismos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia N° 215 del 2 de agosto de 2024, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**, del RPMPD administrado en otrora por Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el cual data el 1 de marzo de 1996, en consecuencia, **DECLARAR** la ineficacia del posterior



traslado efectuado dentro del RAIS con **COLFONDOS S.A.** de calenda 1 de febrero de 1998.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia N° 215 del 2 de agosto de 2024, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** para restituir a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales estipulados por el A quo, los recursos por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el saldo de cuenta de rezago si los hubiere, en el plazo de 30 días hábiles posteriores a la ejecutoria de la presente decisión debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A** dar aplicación el artículo 9 del Decreto 3995/08.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

TERCERO: REVOCAR el numeral Sexto de la Sentencia N° 215 del 2 de agosto de 2024, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** para restituir a **COLPENSIONES**, los recursos por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, rendimientos, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el saldo de cuenta de rezago si los hubiere en el período en que la actora estuvo vinculada a dicho fondo, en el plazo de 30 días hábiles posteriores a la ejecutoria de la presente decisión debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** dar aplicación el artículo 9 del Decreto 3995/08.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia N° 215 del 2 de agosto de 2024, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Cali.



QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, como agencias en derecho se fija a cada una la suma de \$2.000.000, en favor de la señora **MARTHA SOFIA URREGO VARON**.

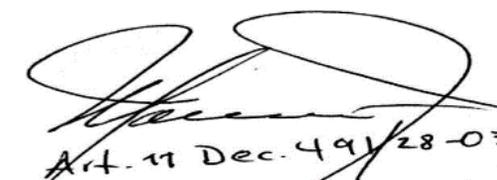
SEXTO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

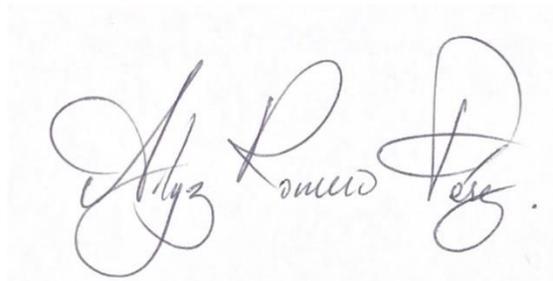
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala
Con aclaración de voto



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala
Con salvamento parcial de voto

Firmado Por:
Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **a90efcefd4f0feae90bfeb9e6643dd9aaaa47788da046a846c750f47f6db759**

Documento generado en 20/09/2024 11:00:25 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

REF. ORDINARIO DE
MARTHA SOFÍA URREGO VARÓN
VS. AFPC COLFONDOS S.A.
Y COLPENSIONES

VINCULADA: PROTECCIÓN S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA: ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.
RADICACIÓN: 76-001-31-05-009-2024-00102-01

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

1. Que la ley 2381 de 2024 dispuso expresamente que su artículo 76 entra a regir, a partir de su promulgación, esto es, desde el 16 de julio de 2024. Por ello discrepo que se incorpore como marco legal el objeto de la norma (artículo 1º) y al artículo 75 (régimen de transición). Estas últimas normas no están rigiendo.
2. La nueva norma (artículo 76) derogó, por resultarle contrario su texto, por así disponerlo el artículo 95 de la Ley 2381, la limitación que traía consigo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para el traslado entre regímenes, esto es, RPM y RAIS, de quienes les falten menos de 10 años para tener la pensión. Y se agrega como beneficiarios de la norma: mujeres con 750 semanas cotizadas y hombres con 900 semanas cotizadas, no se sabe a qué fecha, podría entenderse a 16 de julio de 2024, por el plazo otorgado de 2 años para el traslado hasta el 16 de julio de 2026. Y que además, hombres y mujeres reciban la doble asesoría de la Ley 1748 de 2014.
3. Una norma de orden público como la del artículo 76 constituye un hecho sobreviniente que marca distinciones con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y determina sus propios ámbitos de aplicación subjetiva y objetiva.
4. Sin embargo, les es común, tanto el artículo 271 como al 76, que persiguen: la libre selección, afiliación y movilidad entre regímenes, organismos e instituciones del, por

ahora, sistema de seguridad social integral. Luego, desde el 1° de julio de 2025, el llamado “*sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común*”. Esto es, cada persona estará en el régimen que más le favorezca y que subsistirá, en el caso del RPM por mandato del artículo 95 regulatorio de las derogatorias.

Por ello, estando en curso procesos de quienes no tuvieron la oportunidad de trasladarse voluntariamente o de quienes podrían no verse cobijados por el artículo 76, considero que debe aplicarse el test de igualdad (C-084-2020) respecto de las consecuencias que traen una y otra figura, frente a quienes aspiran al derecho pensional por vejez.

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

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

- i) Que la llegada del artículo 76, el traslado expés o voluntario, se reclamaba para quienes se vieron damnificados en su derecho pensional, para desjudicializar el traslado y atender el deber de información.
- ii) Que la regulación dada, podía ser menos restrictiva:
 - No incluye población LGBTIQ+
 - Al ser requisitos ligados con la conjunción “y”, excluye, y diferencia, si así se considera, a quienes ya tienen la edad para pensión y tienen las semanas mínimas para pensionarse, es decir, son jubilables o pensionables, cuya prestación amerita la financiación inmediata. Tendrían ellos el derecho conforme CSJ SL, 9 sep.2008, SL, 4964-2018, SL1421-2019 (entre otras) a devoluciones integrales con indexación o rendimientos.

- iii) Que se crea un beneficio a favor de la Administradoras de Fondos de Pensiones, pues, quienes tienen una expectativa legítima recibirán igual trato que quienes tienen una mera expectativa. En ambos casos deberán mantener administración de sus recursos a cargo de las AFP. Es decir, restringe las devoluciones a valores de las CAI, sigue C.C. SU 107 de 2024.

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

En ese sentido cimento mi aclaración de voto, para rescatar las consecuencias que deben mantenerse respecto de las pretensiones de ineficacia, aunque con inquietudes de trato igual respecto de quienes opten por el traslado voluntario. No obstante, encuentro más coincidencias que distancias con la Sala de Decisión.



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Fecha ut supra.



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada**

| | |
|-------------------|------------------------------------|
| Proceso | Ordinario |
| Demandante | Martha Sofia Urrego Varon |
| Demandado | Colpensiones y otros |
| Radicación | 760013105-009-2024-00102-01 |
| M. Ponente | Carlos Alberto Oliver Galé |

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto acostumbrado a las decisiones mayoritarias de la Sala manifiesto que estoy de acuerdo con declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad ante la omisión al deber de información atribuible a la SAFP* demandada; sin embargo, me aparto de las restituciones ordenadas, específicamente en lo concerniente a la devolución a Colpensiones de rendimientos financieros sobre comisiones, primas de seguros previsionales, reaseguros y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Las razones de mi disenso se fundamentan de la siguiente manera:

Tal y como se explicó ampliamente en la providencia, la ineficacia de la afiliación se suscita por la omisión del deber de información a cargo de la SAFP que, por tratarse de un requisito de la esencia del acto, según lo dispuesto en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, su incumplimiento conlleva a que la afiliación no produzca efectos jurídicos o, lo que es lo mismo, se entienda que jamás ocurrió, retrotrayendo las cosas al estado inicial. Para ello, se acude a lo

* Sociedad administradora de fondos de pensiones

previsto en el artículo 1746 del Código Civil que, refiere a los efectos de la nulidad de los actos y contratos, aplicable a los casos de ineficacia de la afiliación ante el vacío legal existente en las normas laborales. Así reza la norma en comento:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derechos para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato NULO (...).”

Luego como la ineficacia implica que las partes firmantes recobren la situación en la que se hallarían de no haberse efectuado el acto ineficaz, se requiere que lleguen a condiciones de indemnidad, lo cual se logra retornando las ganancias obtenidas en virtud del acto espurio a su titular original que, no es otro, que el afiliado al sistema. Con esto, lo que se pretende es evitar enriquecimientos sin causa y perjuicios injustificados a las partes.

En vista que la ineficacia del traslado se rige por las normas de los actos y contratos y para el caso bajo estudio el marco normativo aplicable son los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993 que establecen respectivamente: *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado”* y en caso contrario, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*, se advierte entonces que con la ineficacia lo pretendido es retrotraer las cosas al estado anterior, como si el acto ineficaz nunca se hubiese celebrado, lo que en concreto significa la reincorporación del afiliado al régimen de prima media con el restablecimiento de todos sus derechos y prerrogativas y la restitución de cotizaciones y demás conceptos pagados al RAIS. Entonces, se trata de una figura que mira al pasado y busca reestablecer el *statu quo*.

Lo anterior, permite vislumbrar sin mucho esfuerzo que no es posible invocar en este caso la figura de traslado regulada en el artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 y 2º de la Ley 797 de 2003. Por tanto, considero que la Sala se equivoca al sostener que el artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 podría incidir en este tipo de asuntos, ya que dicha norma no ha entrado en vigencia aun, pues la misma Ley en su artículo 94 establece que *“El Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, invalidez y Muerte de origen común, previsto en la presente ley, entrará en vigor el 01 de julio de 2025.*

Además, aun si hipotéticamente se aceptara que dicho artículo se halla vigente, admitir su aplicación al caso estudiado supone conferirle un efecto retroactivo no autorizado, por cuanto se trata de un litigio preexistente a su promulgación, lo cual contraviene el ordenamiento jurídico, y de igual modo, tampoco resultaría pertinente aplicar la figura del traslado voluntario de régimen regulado en los artículos 76 de la Ley 2381 de 2024 y 2º de la Ley 797 de 2003 por ser un concepto diametralmente distinto cuyos efectos se encuentran limitados hacia el futuro y que no refiere a los presupuestos y condiciones de validez de la afiliación. Luego, resulta factible vislumbrar sin mucho esfuerzo que acá no es posible aplicar las normas sobre traslado de régimen sino que lo que corresponde es definir sobre la eficacia o ineficacia del traslado al RAIS.

De esta manera, coincido con la mayoría de la Sala que ante la ausencia de prueba sobre la información suministrada al momento de la afiliación, procede la restitución de parte de la SAFP, no solo de los aportes, rendimientos y bonos pensionales que se hayan pagado, sino también las devoluciones de los demás rubros recibidos durante la afiliación, a modo restituciones por equivalencias, en virtud del principio de la *restitutio in integrum*, ya que no es posible volver materialmente la situación al estado previo al acto ineficaz, como en efecto lo subrayó la Corte Constitucional en sentencia CC SU-107-2024.

Así pues, comparto las reflexiones plasmadas en la sentencia, en cuanto a que sí es posible ordenar el restablecimiento del *statu quo* pero mediante la figura de las equivalencias, pues contrario a lo expuesto en sentencia CC SU-107-2024, ello no afecta la sostenibilidad financiera de sistema pensional, ya que los recursos que se restituyen pertenecen al afiliado y solo algunos conceptos debe asumirlos la SAFP de su propio peculio, por tratarse de ganancias que percibieron durante la vinculación del actor y que de conservarlos supondría que las SAFP saldrían beneficiadas de la declaratoria de ineficacia.

Corolario de lo expuesto, considero que ante la ineficacia del traslado y el retorno al régimen de prima media, lo que procede es ordenar a la SAFP transferir con destino a Colpensiones las cotizaciones, los bonos pensionales (en caso de que aplique) y en general de todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro pensional con sus respectivos rendimientos financieros; pues son estos los rubros que producen tales dividendos. En cuanto a los dineros descontados al cotizante por gastos de administración, comisiones y aquellos que fueron dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, al fondo de solidaridad pensional, a seguros previsionales y reaseguros lo lógico es ordenar que se transfieran a Colpensiones debidamente indexados, esto es, trayéndolos a valor presente, pues como bien se sabe, sobre estos conceptos las SAFP no recibieron rendimientos dado que no fueron administrados por ellas sino destinados a sufragar costos operacionales y a terceros por así disponerlo la ley.

En la carta circular #46 de julio de 2023 la Superintendencia Financiera de Colombia ilustra suficientemente la situación descrita:

**FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS
 DISTRIBUCIÓN DE LA COTIZACIÓN**

| FONDO | COMISION DE ADMINISTRACION POR APORTES OBLIGATORIOS | SEGUROS PREVISIONALES | FONDO DE GARANTIA DE PENSION MINIMA | PORCENTAJE ABONADO EN LA CUENTA INDIVIDUAL | TOTAL COTIZACION (1) |
|-----------|---|-----------------------|-------------------------------------|--|----------------------|
| PORVENIR | 0.53% | 2.47% | 1.50% | 11.50% | 16.00% |
| COLFONDOS | 0.93% | 2.07% | 1.50% | 11.50% | 16.00% |

| | | | | | |
|--------------|-------|-------|-------|--------|--------|
| PROTECCION | 0.47% | 2.53% | 1.50% | 11.50% | 16.00% |
| SKANDIA | 2.05% | 0.95% | 1.50% | 11.50% | 16.00% |
| PROMEDIO (2) | 0.62% | 2.38% | 1.50% | 11.50% | 16.00% |

Porcentajes aplicados sobre el ingreso base de cotización (IBC).

(1) Los afiliados con ingreso mensual igual o superior a (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv), aportarán un 1% adicional sobre el IBC, destinado al fondo de solidaridad pensional. Afiliados con ingreso igual o superior a 16 (smlmv), harán un aporte adicional sobre el IBC, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de solidaridad Pensional.

(2) Promedio ponderado por los aportes recibidos en cada administradora, para el mes de junio de 2023.

Ante tal panorama, considero que ordenar calcular y restituir rendimientos sobre estos conceptos para trasladarlos al régimen de prima media con prestación definida generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues en RPMPD los recursos transferidos únicamente se reflejarán como tiempos de cotización generando un engrosamiento patrimonial para Colpensiones; máxime que en prima media también se habrían deducido tales conceptos, de haber permanecido el demandante en dicho régimen. Así lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003:

Artículo 20. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

(...)

Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

(...)

La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al fondo de solidaridad pensional los recursos correspondientes en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

En adición, al ordenar restituir rendimientos sobre los conceptos anotados se desconoce la realidad del sistema, porque estos rubros no producen rentabilidad para la SAFP, y también el principio de indemnidad que rige la ineficacia de los actos, y que pregona porque las cosas vuelvan al estado inicial como si el acto jamás se hubiera celebrado. Tal precepto naturalmente se opone a un aumento patrimonial con desmedro correlativo de alguna de las partes involucradas en el acto o la relación jurídica, ya que lo que busca es restablecer más no privilegiar a uno de los involucrados.

De esta forma, ordenar a las SAFP restituir rendimientos indistintamente sobre cotizaciones, comisiones, gastos de administración, valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros desconoce que estos últimos no reportaron rentabilidad para la SAFP y que los rendimientos únicamente se suscitaron en los aportes obligatorios y los bonos pensionales pagados. Por tanto, ordenar pagar a Colpensiones unos rendimientos inexistentes representa un desmedro patrimonial para la SAFP y un beneficio injustificado para Colpensiones, ya que, reitero, en nada se beneficia la historia laboral del afiliado cotizante que, ante la ineficacia de su afiliación al RAIS y el traslado de los rubros al RPMPD únicamente verá reflejados sus aportes en razón a semanas de cotización, sin que los rendimientos sobre costos operaciones y deducciones a terceros sumen a los tiempos válidos para pensión.

Esta interpretación guarda concordancia con la que, hasta el momento ha efectuado la Sala de Casación Laboral en uso de sus facultades de unificación como Tribunal de cierre, pues así se ha previsto entre otras, en sentencias CSJ SL1084-2023, CSJ SL3465-2022, CSJ SL 4322-2022 y CSJ SL2877-2020 y al mismo tiempo, resulta armónica y coherente con lo previsto en los artículos 7 y 9 del Decreto 3995 de 2008:

Artículo 7°. Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

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

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

(...)

El artículo 9° del Decreto en cita dispone:

Artículo 9°. Cotizaciones voluntarias. En el evento en que el afiliado haya realizado cotizaciones voluntarias al RAIS dentro de su cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias, si una vez resuelta la situación de múltiple vinculación se establece que está vinculado al RPM, la administradora del RAIS deberá informar al afiliado la posibilidad de retirar tales cotizaciones o trasladarlas al fondo de pensiones voluntarias. En caso de que el afiliado guarde silencio, las cotizaciones voluntarias quedarán a su disposición en la cuenta de aportes de no vinculados.

Y es que las normas que regulan las restituciones en caso de traslados entre regímenes pensionales, bien sea por decisión del afiliado o por multivinculación, preservan el mismo principio: no ordenan pagar rendimientos sobre los costos de operación y los descuentos con destinación específica. Así en el mismo tono, el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el capítulo 3 del Decreto 1833 de 2016 dispone:

ARTÍCULO 2.2.2.3.1. Traslado de régimen pensional. (...)

1. (...).

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual,

incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

ARTÍCULO 2.2.2.3.2. *Traslado de recursos. Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.2.2.3.3. del presente Decreto. En los casos en los que se haya presentado una múltiple afiliación de régimen o una múltiple vinculación de administradora se procederá de la siguiente manera:*

Si el traslado se produce desde una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a otra o a Colpensiones, se deberá trasladar el valor acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado;

En este punto, reitero que las normas en cita se refieren al cambio de régimen y eventos de múltiple vinculación, pero es factible acudir a ellas en analogía ante la falta de regulación de los eventos de ineficacia del traslado, además que ellas atienden a la dinámica y particularidades de los subsistemas pensionales existentes en el marco de la Ley 100 de 1993. Nótese que estas normas establecen que cuando el traslado se efectúe del RAIS al RPM se trasladan los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos **reportados sobre los mismos**, filosofía que, en el sentir de la suscrita, debe mantenerse cuando el traslado de recursos obedezca a la ineficacia de la afiliación, pues no se generan dividendos sobre los recursos destinados a gastos de administración, comisiones, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros.

Estos últimos conceptos, se insiste, no reportan rentabilidad, al menos no para la SAFP, pues, van dirigidos a terceros que no hicieron parte del proceso; a subvencionar gastos operacionales y de funcionamiento de la SFAP y no quedan disponibles para su inversión, por lo que mal haría la Sala en ordenar que se restituyan con una rentabilidad que no se produjo a favor del fondo condenado; siendo entonces procedente su restitución de forma indexada a fin de contrarrestar la pérdida de su valor por el paso del tiempo.

Así para concluir, debe dejarse claro que concuerdo con la mayoría de la Sala en que la ineficacia de la afiliación acarrea que las SAFP deban trasladar los saldos de la cuenta de ahorro pensional y los bonos pensionales del caso, todo ello junto con sus rendimientos; pero discrepo en que se ordene restituir rendimientos sobre los demás conceptos (gastos de administración, comisiones, valores destinados a fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros) pues estos no reportaron rentabilidad, utilidad o ganancia alguna para la SAFP, de lo que sigue que deban devolverse de manera indexada.

Con tales razonamientos dejo sustentada mi discrepancia parcial con la decisión adoptada por la Sala.

Fecha *ut supra*



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada