SEÑORES
JUZGADO 002 LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL
YOPAL – CASANARE.
E. S. D.

TIPO DE PROCESO: ORDINARIO LABORAL.
DEMANDANTE: MARY LUZ RODRIGUEZ HERRERA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
RADICACIÓN: 85001310500220230018200

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LA SOLICITUD DE TERMINACIÓN DEL PRESENTE PROCESO PRESENTADA POR EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.

CESAR EDUARDO CASTAÑO BETANCOURT, mayor y domiciliado en la ciudad de Santa Marta, abogado en ejercicio identificado con la cedula de ciudadanía **No**. **1.004.424.638** expedida en Santa Marta y portador de la tarjeta profesional **No. 250.719** del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** de manera respetuosa me permito pronunciarme respecto a las documentales puestas en conocimiento por parte del despacho judicial en fecha del 12 de agosto de 2024, indicando lo siguiente:

Frente al pronunciamiento realizado por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 del 09 de abril de 2024 que esgrime el apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.,** en la que se 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. La corte conceptuó lo siguiente:

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

En atención a lo anterior se puede observar que no se moduló la ineficacia. Se mantiene tesis construida por parte la Corte Suprema de Justicia, respecto al tema de la ineficacia, sólo se moduló las reglas probatorias y lo referente a la devolución de saldos. Así mismo se puede observar la disparidad de criterios pues según el Decreto 3995 de 2008, cuando se trasladen los recursos pensionales entre regímenes, deberá realizarse en los términos que se señalan a continuación:

"…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.*

Móvil: 3216984237 – Correo Electrónico: cesareduardoc.betancourt27@gmail.com
Colpensiones: Carrera 10 No. 72 - 33 Torre B Piso 11 Bogotá Cundinamarca.
Correo de notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

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. (Negrilla fuera de texto)

Conforme con la normatividad anterior, en caso de realizarse un traslado de recursos del del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, con el fin de consolidar respectivamente la historia laboral del afiliado, se debe trasladar el valor de la cuenta de ahorro individual (con sus rendimientos) y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima.

Adicionalmente, mediante concepto de fecha 2020-01-15 la Superfinanciera de Colombia, en relación con las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, determina que la distribución tanto en el Régimen de Prima Media con Solidaridad –RPM- como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS- será la siguiente:

"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.*

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el ***10%*** *del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.*

A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores."

En ese sentido, mientras que, en el Régimen de Prima Media con prestación definida al existir el fondo común, el porcentaje que se destinará a financiar la pensión de vejez corresponde al 10.5%. Por el contrario, en el Régimen de Ahorro Individual, la normatividad estableció que para la pensión de vejez solo se destina el 10% y el 0.5% restante, se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Es por lo anterior, que la norma dispone que no solamente se debe girar el saldo de la cuenta de ahorro individual (con sus rendimientos), sino que además debe girarse lo correspondiente a la garantía de pensión mínima, de lo contrario, las personas que se trasladan al RPM no cumplirían con el porcentaje establecido por la norma (10.5), porque se trasladaría únicamente el 10%.

Lo anterior nos indica claramente que en la mencionada Sentencia SU-107 de 2024, no se estaría cumpliendo con las reglas de los principios de sostenibilidad financiera y fiscal, pues a través de ellas se materializan los fines esenciales del Estado Social de Derecho y el goce efectivo de los derechos consagrados en la Constitución Política. Así mismo cuando se indica que los recursos abonados por el afiliado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima no serán objeto de restitución. Al respecto es necesario señalar que, de acuerdo con la modelación actuarial, aprobada por el legislador para la proyección de la Ley 797 de 2003, el fondo común de vejez administrado por COLPENSIONES se nutre del 13% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones. En tal virtud, en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2007, compilado en el 1833 de 2016, se indica con claridad que estos recursos deben ser retornados a la administradora del RPM. Lo anterior se reitera en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual ya se señaló. De igual forma sucede con las reglas de imputación de tiempo plasmadas en el Decreto Único reglamentario del Sector Pensiones, donde la fórmula de transformación de capital a tiempo considera el 1.5% del FGM. En la práctica del sector financiero y asegurador, no ha existido duda que los recursos del FGM, cuando se realizan traslados deben ser girados a Colpensiones.

Móvil: 3216984237 – Correo Electrónico: cesareduardoc.betancourt27@gmail.com
Colpensiones: Carrera 10 No. 72 - 33 Torre B Piso 11 Bogotá Cundinamarca.
Correo de notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

A título de ilustración queremos manifestarle al despacho que otros despachos judiciales como es el caso del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI – SALA LABORAL, en providencia del 25 de junio de 2024, se apartaron del precedente de la Corte Constitucional y acoge 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.

Así mismo, dentro del proceso ordinario laboral seguido por el demandante CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA contra COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. bajo el radicado 05-001-31-05-023-2021-00288-01 el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL a través de sentencia del 18 de junio de 2024, también se apartó del precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 107 de 2024, en los siguientes términos:

"…En lo relacionado con los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, la Corte Constitucional en la multicitada sentencia SU-107 de 2024 expresó, entre otros argumentos, que "ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional". Agregó que "no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado"

En este asunto existe una disparidad de criterios entre ambas cortes. De un lado, la Corte Constitucional sostiene que no se deben devolver las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima combinada o indexada; por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que se deben devolver todos los conceptos debidamente indexados.

Esta Sala del Tribunal respetuosamente se aparta de la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, para en su lugar seguir acogiendo el criterio del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en la medida de que no puede desconocerse que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS implica necesariamente que no se estuvo afiliado en este régimen pensional y en su lugar, siempre se consideró afiliado al RPMPD, por lo que, ante la inexistencia de vinculación a los fondos privados de pensiones y al retrotraerse la afiliación al estado inicial, las consecuencias implican que deban devolverse la totalidad de los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz".

En atención a lo anterior no se puede pretender por parte de los fondos privados que con fundamento en una decisión que no se esta aplicando en su integralidad por parte de los despachos judiciales como es la SU-107 DE 2024, se proceda a finalizar un proceso judicial el cual se ha desarrollado con total normalidad.

Así mismo tampoco se puede dar por terminado el presente proceso con fundamento en el artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, que consagra lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD DE TRASLADO.** Las personas que tengan setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas, para el caso de las mujeres, y novecientas (900) semanas cotizadas, para el caso de los hombres, y que les falten menos de diez años para tener la edad de pensión, tendrán dos (2) años a partir de la promulgación de la presente ley para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa la doble asesoría de que trata la Ley 1748 de 2014."*

En el presente proceso se evidencia que la demandante**,** es la que tiene la posibilidad de solicitar ante las administradoras de pensiones la aplicación del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, el cual consagra la posibilidad del traslado previa la doble asesoría con el fondo privado y con la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin embargo, hasta el momento no se evidencia solicitud del desistimiento de las pretensiones de la demanda, para decretar la terminación anormal del proceso, por disposición del artículo 145 del C.P. L. y S.S., se atenderá lo dispuesto en el Artículo 314 del Código General del Proceso, el cual dispone

Móvil: 3216984237 – Correo Electrónico: cesareduardoc.betancourt27@gmail.com
Colpensiones: Carrera 10 No. 72 - 33 Torre B Piso 11 Bogotá Cundinamarca.
Correo de notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

que la parte demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya proferido sentencia que ponga fin al proceso. Así mismo tampoco se avizora que la demandante haya realizado el correspondiente acercamiento antes las Administradoras de Fondos de Pensiones para solicitar la aplicación del Artículo 76 sobre la oportunidad de traslado que trae consigo la Ley 2381 de 2024.

I. PRUEBAS

Solicito al despacho tener como pruebas los siguientes documentos que se anexan al presente:

- Providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala Labora, de fecha del 25 de junio de 2024 como precedente judicial.

- Providencia proferida el Tribunal Superior de Medellín Sala Segunda de Decisión Laboral, de fecha 18 de junio de 2024 en el proceso ordinario laboral iniciado por CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA contra COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. bajo el radicado 05-001-31-05-023-2021-00288-01, como precedente judicial.

II. NOTIFICACIONES

1. El demandante en la dirección que aparece en la demanda.

2. La Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, se notifica en la Carrera 10 N° 72 – 33 Torre B Piso 11 de la ciudad de Bogotá D.C o al correo electrónico: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co.

3. El suscrito las recibirá en la secretaria de su Despacho **y** en la dirección de correo electrónico: cesareduardoc.betancourt27@gmail.com

Atentamente,

Respetuosamente.

CESAR EDUARDO CASTAÑO BETANCOURT
C. DE C. No. 1.004.424.638 DE SANTA MARTA
T.P. No. 250.719 C.S. J

***Móvil:** 3216984237 – **Correo Electrónico:** cesareduardoc.betancourt27@gmail.com*
***Colpensiones:** Carrera 10 No. 72 - 33 Torre B Piso 11 Bogotá Cundinamarca.*
***Correo de notificaciones judiciales:** notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
- SALA LABORAL -

Santiago de Cali, veinticinco (25) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA N° 166

Acta de Decisión N° 048

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 DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**, en orden a resolver la apelación y consulta de la Sentencia N° 102 del 17 de abril de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **ALEJANDRA LILIANA MONDRAGON ARANA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-008-2024-00067-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demanda están orientadas a que, se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior, se condene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos por aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y gastos de administración con cargo a su patrimonio; lo que se pruebe ultra y extra petita.

Los hechos del libelo introductor narran que, la demandante nació el 25 de octubre de 1971, es decir que, a la fecha cuenta con 52 años; para el 12 de diciembre del 2023, solicitó autorización de traslado de régimen ante **PORVENIR S.A.** con destino a **COLPENSIONES**; que el 14 de diciembre solicitó ante **COLPENSIONES** afiliación, sin que hubiera recibido respuesta a la fecha.

Sostiene que, **PORVENIR S.A.** omitió informar por escrito acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, además del derecho de retracto; que **PORVENIR S.A.** no la citó a sus dependencias para suministrarle información acerca de su expectativa pensional; finalmente aduce que, al momento de la afiliación no tenía conocimiento sobre el manejo de los fondos pensionales y sus trámites.

REPLICAS DEL EXTREMO PASIVO

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, son ciertos el 1° y 3°, que se trata de una apreciación subjetiva el 7°, en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO DEL TRASLADO; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PRESCRIPCIÓN TRIENAL; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE - INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES Y RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

PORVENIR S.A. de los hechos del libelo genitor expresa que, son ciertos el 1° y 2°, que se trata de una manifestación subjetiva el 7°, respecto del resto arguye que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y presentó las excepciones de fondo: **DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS AFP – NO HAY RETROACTIVIDAD EN LA NORMA PARA EXIGIR OBLIGACIONES NO EXISTENTES EN EL MOMENTO DEL TRASLADO; EFECTOS DE LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO; RESTITUCIONES MUTUAS; ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA SI NO SE DAN LAS RESTITUCIONES MUTUAS; IMPROCEDENCIA DE DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL; BUENA FE; AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO; ACEPTACIÓN TÁCITA DE LAS CONDICIONES DEL RAIS; PRESCRIPCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS.**

INTERVENCIÓN PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Ministerio Publico allega concepto dentro del presente proceso y cita las correspondientes normas y línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional y la correlativa obligación de los fondos pensionales respecto del deber de información.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 102 del 17 de abril de 2024, resolvió:

> **PRIMERO**: **DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que la demandante **ALEJANDRA LILIANA MONDRAGÓN ARANA**, identificada con la Cédula de Ciudadanía 29.940.585, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES E.I.C.E., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, se entenderá que la accionante siempre estuvo afiliada al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES E.I.C.E.
>
> **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. los saldos obrantes en la cuenta individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros.
>
> **CUARTO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES el porcentaje del 3% correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros
>
> previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada al RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
>
> **QUINTO: COSTAS** a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A. por haber sido vencidas en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma $1.300.000 a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., y $2.600.000 a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante.
>
> **SEXTO: CONSULTAR** la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. a través de su apoderada judicial manifiesta que, del acervo probatorio se colige que la demandante suscribió formulario de vinculación con su defendida de manera libre, voluntaria y sin presiones, por ende, no hay lugar a la ineficacia y de contera el traslado de rubros, gastos de administración, primas y fondo de garantía e indexación, adicionalmente expone los pormenores de la SU 107 del 2024, la Corte Constitucional, en materia probatoria y restituciones mutuas; afirma que, devolver otros rubros que no sean aportes y rendimientos, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPMPD, por tratarse de situaciones jurídicas consolidadas.

Refiere que, los gastos de administración tienen una destinación específica y su descuento obedece a la ley, además de que dicho pago es la retribución del fondo por la gestión de los recursos y generación de rendimientos; informa que los gastos están prescritos porque no se tienen en cuenta para a aportes al sistema; de igual forma, no se viable retornar las primas de seguros porque no se encuentran en poder de su representada ya que fueron destinados a la cobertura de riesgos por medio de la aseguradora; que discrepa del retorno del porcentaje destinado al fondo de garantía mínima; que se opone a la indexación pues los recursos no perdieron su poder adquisitivo, y de lo contrario se generó un incremento de la cuenta del afiliado; finalmente se opone a la condena en costas pues están sometidos al proceso por falta de conciliación de Colpensiones y porque la demandante está inmersa en la prohibición legal de traslado.

COLPENSIONES por conducto de su apoderado judicial sustenta que, la demandante está a diez años o menos para cumplir el requisito de edad, por lo que no es posible ejercer el traslado de régimen; adicionalmente aduce que la demandante estaba en capacidad plena cuando decidió trasladarse, entonces la afiliación al RAIS es válida; por lo anterior solicita se revoque la sentencia en su integridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión 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 de la Apelación y Consulta

Se circunscribe el problema jurídico por resolver en esta instancia judicial, en determinar la eficacia del traslado efectuado por la señora **ALEJANDRA LILIANA MONDRAGON ARANA**, desde el RPMPD administrado en otrora por el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, establecer si es procedente la reincorporación de la demandante en el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, con el correlativo traslado de sus cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexación, prescripción y costas procesales.

Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al rememorar la obligación inherente de las AFP´S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **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** y **CSJ SL373-2021**:

> *"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."

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97 la obligación de las mismas de: *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»* y la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas»*.

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:

"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)"

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:

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

Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional 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.**

En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**[1] corresponde a los fondos pensionales acreditar el cumplimiento del deber

[1] SL2946-2021 del 16 de junio del 2021
En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

de información, ello de conformidad con el artículo 1604 del C.C., máxime que, por ley están obligados a proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional.

Es preciso destacar que, la negación indefinida que esgrimen los afiliados de no haber recibido información no requiere de prueba por tratarse de un hecho de imposible acreditación, en contraste, la afirmación de las AFP´S de haber proporcionado la información es un hecho definido y por tanto susceptible de prueba, en tanto que, solo dichas entidades están en posición de demostrar las condiciones de tiempo, lugar y calidad en que se presentó el hecho.

Respecto del **formulario de afiliación**[2] como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

Corre a cargo de las AFP´S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP´S, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP´S.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: "no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

[2] ibidem
Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

La **aplicación del precedente**[3] vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtirse los traslados.

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.

Es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, 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 considerase que dicha circunstancia*

---

3 SL2946-2021 del 16 de junio del 2021
Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

[4] Ibidem
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.

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."

Corte Constitucional

Sentencia SU -107/24

Expediente: T-7.867.632 AC

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 acápites previos (supra 220 y ss). Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss).

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

La señora **ALEJANDRA LILIANA MONDRAGON ARANA** pretende por vía judicial que, se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional, el cual da cuenta el material probatorio allegado por **PORVENIR S.A.** *(historial de vinculación de Asofondos)*, se hizo efectivo del 1 de mayo del 2007, del RPMPD administrado entonces por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por la AFP **PORVENIR S.A.**:

Hora de la consulta : 6:26:07 PM
Afiliado: CC 29940585 ALEJANDRA LILIANA MONDRAGON ARANA Ver detalle

Vinculaciones para : CC 29940585

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
Vinculación inicial	1995-06-29	2007/02/26	COLPENSIONES			1995-06-29	2007-04-30
Traslado regimen	2007-03-07	2007/05/03	PORVENIR	COLPENSIONES		2007-05-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 29940585
No hay vinculaciones migradas de mareigua para ese afiliado

Abordando el caso de estudio se tiene que, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con la AFP **PORVENIR S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar al 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 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 Hinestrosa[5] 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 citado[6] señalando:

> *"351. Consecuencias de la falta al deber de información*

[5] 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.

[6] Idem. Pág. 711.

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 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, recisión o rebaja del precio por vicio redhibitorio, resarcimiento de daños, y en algunos contratos de consumo, derechamente el poder dejar sin efectos el contrato."

Frente al reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia SU - 107/24, resulta menester aclarar que, para el caso en concreto, se decretó y practicó el material probatorio documental allegado por el extremo activo y pasivo de la litis.

Examinado el caudal probatorio recaudado documental no se extrae elementos que permitan establecer la naturaleza, contenido y entendimiento del afiliado respecto de la supuesta información brindada que alude la AFP **PORVENIR S.A.**

Respecto de la declaración de parte rendida por la demandante, se tiene que dicho medio probatorio no logró confesión alguna que lo perjudicara, y por el contrario se advierte la falta de información integral de la demandante, a tal punto que la misma refirió que nunca recibió asesoría e información de ningún tipo por parte de **PORVENIR S.A.**

En ese orden de ideas, **PORVENIR S.A.** no consigue derruir lo manifestado por su contraparte en el escrito genitor, toda vez que, no se logra acreditar el cumplimiento del deber de información, bajo los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la materia, por lo que se entiende que no se acreditó el consentimiento informado de la demandante frente al traslado, lo que deviene en la declaratoria de ineficacia rogada, de ahí que, habrá de modificarse el fallo para precisar el acto declarado ineficaz.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

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…"*

En tal sentido, en el ámbito de las restituciones mutuas navegamos por las aguas de la *restitutio in integrum*, es decir, volver las cosas al estado anterior a la realización del acto que resulta ineficaz y, por otra parte, algún sector doctrinal dice que el fundamento de las mismas se somete a las reglas de la *conditio in debiti* que se englobe en la figura del enriquecimiento sin causa. La Sala comulga con la restitución integral y de carácter objetivo.

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; y respecto a las

restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de sus deterioros, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos. 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.

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 aestimtio 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 obligation* 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.[7]

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

[7] 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.

De igual forma se desestima lo dicho por la Corte Constitucional si se tiene en cuenta los artículos 7[8] y 9[9] 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 para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada

---

[8] **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.

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.

[9] **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.

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 cualificada 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 lo 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 consecuencialmente 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.

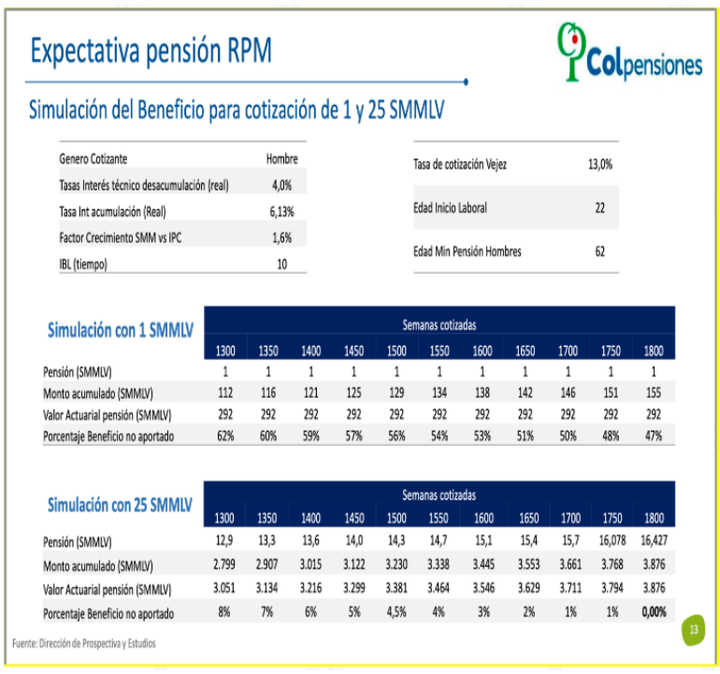
Con relación al argumento acerca de que los traslados masivos afectan las finanzas públicas, este sería atendible si la Corte Constitucional hubiese dicho que las

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:*



Expectativa pensión RPM

Colpensiones

Simulación del Beneficio para cotización de 1 y 25 SMMLV

Genero Cotizante	Hombre
Tasas Interés técnico desacumulación (real)	4,0%
Tasa Int acumulación (Real)	6,13%
Factor Crecimiento SMM vs IPC	1,6%
IBL (tiempo)	10

Tasa de cotización Vejez	13,0%
Edad Inicio Laboral	22
Edad Min Pensión Hombres	62

Simulación con 1 SMMLV	Semanas cotizadas										
	1300	1350	1400	1450	1500	1550	1600	1650	1700	1750	1800
Pensión (SMMLV)	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Monto acumulado (SMMLV)	112	116	121	125	129	134	138	142	146	151	155
Valor Actuarial pensión (SMMLV)	292	292	292	292	292	292	292	292	292	292	292
Porcentaje Beneficio no aportado	62%	60%	59%	57%	56%	54%	53%	51%	50%	48%	47%

Simulación con 25 SMMLV	Semanas cotizadas										
	1300	1350	1400	1450	1500	1550	1600	1650	1700	1750	1800
Pensión (SMMLV)	12,9	13,3	13,6	14,0	14,3	14,7	15,1	15,4	15,7	16,078	16,427
Monto acumulado (SMMLV)	2.799	2.907	3.015	3.122	3.230	3.338	3.445	3.553	3.661	3.768	3.876
Valor Actuarial pensión (SMMLV)	3.051	3.134	3.216	3.299	3.381	3.464	3.546	3.629	3.711	3.794	3.876
Porcentaje Beneficio no aportado	8%	7%	6%	5%	4,5%	4%	3%	2%	1%	1%	**0,00%**

Fuente: Dirección de Prospectiva y Estudios

13

En este sentido, revisado el fallo de primer grado, se impone adicionar el saldo de cuentas de rezago si los hubiere y bonos pensionales si los hubiere.

Frente a las cotizaciones voluntarias debe aplicarse el artículo 9 del Decreto 3995/08, en el evento en que se hayan efectuado los mismos.

En cuanto a la indexación, se revocará, pues habiéndose optado por la devolución de rendimientos, estos últimos compensa la degradación de los valores, además, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 prevé que el RAIS *"(…) está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros"*, y debía garantizar una rentabilidad mínima. Tal es, la dinámica económica prevalente en el Sistema de Seguridad Social para conservación de los recursos.

Con el fin de garantizar la seguridad y estabilidad jurídica del fallo, el cual que no puede quedar limitado o sometido al querer de la parte pasiva para su materialización, se determinara como término para el traslado de los recursos, 30 días posteriores a la ejecutoria de la sentencia.

Por otro lado, se adicionará orden a cargo de **COLPENSIONES** de realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas de la demandante, dentro del plazo de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **PORVENIR S.A.**, en aras de evitar posteriormente trámites administrativos y judiciales.

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 2946-2021[10], todo ello con el fin de suplir cualquier déficit

[10] "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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).

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 conexa 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 prescripción[11], 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.

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.

[11] 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)."

Así las cosas, dado que el extremo pasivo se opuso y formuló 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 plural vencida, lo que da paso a la confirmación de la condena.

Costas en esta instancia con cargo a **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, debido a la no prosperidad de la alzada.

Finalmente, descorrido el traslado de rigor, 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 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 ordinal Segundo de la Sentencia N° 102 del 17 de abril de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **ALEJANDRA LILIANA MONDRAGON ARANA**, del RPMPD administrado en otrora por Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por la AFP **PORVENIR S.A.**, el cual data el 1 de mayo del 2007.

- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO ORDINAL.**

SEGUNDO: Del ordinal Cuarto de la Sentencia N° 102 del 17 de abril de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali:

- **REVOCAR** la indexación, y en su lugar, **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, los rubros, comisiones y primas con sus respectivos rendimientos.

- **ADICIONAR** en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** para que, dentro del término de 30 días posteriores a la ejecutoria del presente proveído, traslade con destino a **COLPENSIONES**, los conceptos determinados por el A quo, junto con el saldo de cuentas de rezago si los hubiere y bonos pensionales si los hubiere.

- **ADICIONAR** en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** dar aplicación el artículo 9 del Decreto 3995/08, en el evento en que se hayan efectuado aportes voluntarios.

- **ADICIONAR** en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas de la demandante, dentro del plazo de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **PORVENIR S.A.**

- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO ORDINAL.**

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia N° 102 del 17 de abril de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se le fija a cada una la suma de $2.000.000, a favor de la señora **ALEJANDRA LILIANA MONDRAGON ARANA**.

QUINTO: 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

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: **7c90bb1f4aa0a70d9ff1330b649bc88156d6e6407f660e781b42f0bd22e5d00e**
Documento generado en 25/06/2024 10:59:24 AM

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

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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada

Proceso	**Ordinario**
Demandante	**Alejandra Liliana Mondragon Arana**
Demandado	**Colpensiones y otros**
Radicación	**760013105-008-2024-00067-01**
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, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional. 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.° 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

* Sociedad administradora de fondos de pensiones

jamás ocurrió, retrotrayendo las cosas al estado inicial. Para ello, se acude a lo 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.

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, pues 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.

Sin embargo, a pesar de la concordancia en estos puntos con la Sala, me aparto de sus reflexiones en cuanto a que las restituciones operan sobre la base *"del concepto de buena o mala fe"* y de que la falta de prueba del deber de información lleven a pensar que la SAFP actuó en forma desleal, pues acá de lo que se trata es de una omisión en la carga de la prueba, de tal suerte que la buena fe siempre ha de presumirse, al menos hasta que se pruebe lo contrario.

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 9º 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 a 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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, dieciocho (18) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE	: CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA
DEMANDADO	: COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-023-2021-00288-01
RADICADO INTERNO	: 117-24
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 130

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el grado de consulta a favor de Colpensiones, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

Se reconoce personería a la Dra, NATHALIA CAROLINA ROSERO MONCAYO, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado al expediente y por cumplir con los requisitos consagrados en los artículos 75 y ss del C.G.P.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia o nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que en consecuencia, para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, y se ORDENE al fondo privado la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración, seguros, reaseguros recibidos y generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo

su administración, y se ORDENE a Colpensiones a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos siempre ha estado vinculada en el régimen de prima media con prestación definida, y a recibir las sumas que sean devueltas por el fondo privado, y actualizar y corregir la historia laboral y se ORDENE al fondo privado el reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante los cuales estima en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y se CONDENE además en costas a las demandadas.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 11 de octubre de 1962 y cuenta con 58 años de edad a la presentación de la demanda, y a lo largo de su vida laboral ha trabajado para diferentes entidades, cotizó al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde marzo de 1981 hasta el año 1999, y que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas por lo que en el año 1999 la parte demandante por no recibir información completa, necesaria, transparente y oportuna, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A trasladándose a dicho fondo donde permanece en la actualidad.

Agrega que se trasladó sin ningún tipo de asesoría e información y que los promotores del fondo privado no contaban con ningún título ni formación profesional o capacitación adecuada que les permitiera informar y suministrar información completa y suficiente acerca de las consecuencias y beneficios del traslado, y que por esto, los asesores del fondo privado en ningún momento le explicaron las características de ambos regímenes, y en síntesis manifiesta que nunca se le puso de presente las consecuencias adversas del traslado ni sobre la posibilidad de retractarse como lo estipula el decreto 1161 de 1994, y manifiesta que en respuesta al 25 de mayo del 2021 y en respuesta al derecho de petición elevado a Protección realiza una simulación pensional de la cual se observa que sería mucho más alta la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, y que por lo tanto, es claro que el consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación ha dicho fondo por la falta de información y asesoría que le era exigible al fondo privado.

Luego refiere que presentó derecho de petición a Protección donde solicitó una serie de información y proyecciones, y la entidad respondió vía correo electrónico el 27 de mayo y el 01 de junio presentó solicitud para que se

aceptara la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación a Protección y el 27 de mayo de 2021 presentó solicitud de Colpensiones para que aceptara la ineficacia por lo que quedó agotada la reclamación administrativa.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad dio respuesta manifestando que es cierto que el demandante nació el 11 de octubre de 1962 y que cotizó en el RPM desde marzo 1981 y hasta el año 1999, y que en dicho año se trasladó a Protección S.A, y acepta además las peticiones presentadas ante dicha entidad y ante Colpensiones y la respuesta dada a la misma, frente a los demás hechos indicó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, innominada o genérica.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que es cierto que el demandante nació el 11 de octubre de 1962, y que presentó peticiones ante dicha entidad, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, improcedencia de condena en perjuicios, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, Innominada o Genérica.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 09 de abril de 2024, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el traslado de CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS.

DECLARÓ que la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD – de demandante ha sido permanente y no ha tenido solución de continuidad en el tiempo.

CONDENÓ a PROTECCION S.A a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia traslade con destino a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA incluidos los rendimientos financieros, pero además de ello también las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados estos tres últimos conceptos.

Advirtió a PROTECCION S.A que, al momento de cumplir la orden impartida, remita a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

ORDENÓ a COLPENSIONES- a recibir los aportes que PROTECCION S.A les remita, convertirlos a semanas efectivamente cotizadas por el actor, actualizar su historia laboral y tenerlo por afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

ABSOLVIÓ a PROTECCION S.A del pago de perjuicios y CONDENÓ en costas a PROTECCION S.A en favor de CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA, en la suma de 1 SMLMV para el año 2024 como agencias en derecho, y no impuso costas a Colpensiones.

CONSULTA

El proceso llega en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y ss.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones indica que era obligación de la parte demandante haber demostrado la falta del deber de información, y no a las demandadas, y que para el caso en concreto, se observa que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba6 para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la

valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada, según los artículos 60 y 61 del CPT y SS y 164 y 176 CGP7, por lo que considera que no le es debido a la Corte fijar en forma estandarizada el baremo, nivel o intensidad que se debe satisfacer por los llamados a juicio en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Que de acuerdo como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se establecen reglas tales como que 1) las manifestaciones del afiliado en lo atinente a no haber recibido información constituyen negaciones indefinidas, 2) lo que conlleva a que se desplace la carga probatoria hacia los fondos privados a quienes se les exige la satisfacción de su deber legal en los términos del artículo 1604 de CC, 3) fija unas etapas dependiendo de la época, en la cual se establece el contenido mínimo y alcance del deber de información, y por último, 4) reduce el valor del formulario de afiliación, aseverando que no es prueba suficiente y que a lo sumo lo que se demuestra es un consentimiento, pero no informado.

Que, por ello, la aplicación en forma irrestricta de las reglas generales que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para los casos en los que se depreca ineficacia de traslado de régimen pensional, genera un desequilibrio procesal, que tiene como resultado un grave impacto en el ejercicio del de derecho de defensa, pues deja sin opciones probatorias a la parte pasiva, lo que se traduce en transgresión al debido proceso.

Alude igualmente a los periodos mínimos de carencia indicando que tampoco es procedente el traslado por faltarle menos de 10 años para pensionarse, y en el evento en que se opte por acceder a las pretensiones de la demanda, comedidamente solicita que se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de

reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 11 de octubre de 1962, (fls 66 del PDF 04), se afilió al ISS desde el 04 de marzo de 1981, (fls 67 PDF 04), y se trasladó a Protección S.A de forma efectiva desde el 01 de marzo de 1999, (fls 44 PDF 10).

En primer término, debe hacerse alusión al reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 107 de 2024.

Respecto a la carga de la prueba 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), y que por ello es de suma importancia 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, **pero en momento alguno se precisa que se despoje de la carga de la prueba que tienen las AFP de demostrar la debida y suficiente información que dieron al afiliado al momento del traslado.**

En este contexto precisó la Corte Constitucional que “exigir, de manera exclusiva, a las personas demostrar que la administradora no les brindó la información suficiente respecto de su traslado, **sí podría implicar una carga importante y desproporcionada para ellas”**

Del mismo modo si bien se acepta que en algunos casos podría atribuirse a la parte demandante, también es clara la corte en indicar que “la imposición desproporcionada de cargas probatorias al afiliado puede derivar en el desconocimiento de su derecho al debido proceso o en el acceso efectivo a la administración de justicia”

En virtud de lo mencionado se concluye que la posición de la Corte Constitucional en la mencionada providencia respecto a la **carga dinámica de la prueba** es clara en el sentido de que no es que no pueda invertirse la carga de la prueba para que las AFP demuestren que suministraron una información

real y efectiva al afiliado y que en este sentido cumplieron con el deber de información, sino que lo que se enmarca dentro del núcleo central de la mencionada providencia es que **no se desconozca el papel del juez como director del proceso** donde este también pueda hacer uso de las pruebas de oficio, y donde además se busca una posición más activa en materia de pruebas, tanto por parte del demandante y del demandado, como por parte del juez.

En este contexto se precisa que el juez a la hora de emitir la sentencia y de valorar las pruebas en su conjunto conforme a las reglas de la sala critica debería tener en cuenta entre otras cosas lo siguiente:

- Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009 identificando si en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, **los asesores de las AFP comunicaron sobre:** a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.
- **Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas** que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones
- **Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas** con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.
- En lo relativo a las pruebas documentales, **el juez puede oficiar** para que se aporte al expediente ordinario, por ejemplo, el formulario de afiliación. Frente a este punto la Corte Constitucional acepta y comparte igualmente el criterio de la corte Suprema de Justicia en el entendido de que esa sola prueba no demuestra, per se, el suministro de información y que, por tanto, no puede ser suficiente para absolver a las demandadas, y que por lo tanto dicho formulario debe ser una prueba más en el expediente que deberá ser estudiado en su conjunto con las demás que se alleguen.
- **La prueba documental no es suficiente** por si sola para tener por probado que la información realmente se entregó por lo que corresponde al juez acudir, por ejemplo, **a los interrogatorios**, donde se pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.
- **Tener en cuenta los testimonios que puedan presentarse** específicamente cuando se citan personas que pudieron atender la asesoría en un mismo espacio, y que por ello pudieron escuchar los argumentos presentados por los asesores de las AFP cuando conminaron a diversos ciudadanos a trasladarse al RAIS.

- **Acudir a la prueba indiciaria** si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP

Partiendo de lo mencionado, descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues este indicó que se trasladó a Protección S.A en el año 1999 cuando fueron a la oficina, les mostraron el fondo nuevo, les dijeron que era exactamente actual y que se pasaran, y que esa fue la única información que le dieron, que esa reunión fue de forma individual en la oficina, que no le dijeron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, que no le dijeron que tenía derecho a rendimientos, que en el año 2014 estuvieron en la oficina y hablo con los del fondo un ratico y ya, y acepta que en esa reunión le dijeron que había una fecha límite para pasarse a Colpensiones y que no se trasladó para dicha fecha porque no sabía cómo funcionaba los dos fondos para él era igual.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. **De la ineficacia del traslado**

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme| el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *"La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior* ***es libre y voluntaria*** *por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley",* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *"Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará*

acreedor, en cada caso y por cada afiliado…" no solo a la multa sino que dice en forma expresa "… *La afiliación respectiva* ***quedará sin efecto*** *y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994,** por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

> **"RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora** …". (Resalto fuera del texto)
>
> **"*OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.*** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado." (Resalto fuera del texto)

La anterior posición es igualmente compartida por la Corte Constitucional en sentencia SU 107 de 2024 en la que se indicó de forma expresa que "el deber de información que debía prestarse a los afiliados, antes de que estos optaran por el nuevo régimen pensional, existía desde el mismo momento en que se creó el RAIS. Fue a partir de la Ley 100 de 1993 que las personas tuvieron la opción de escoger entre el régimen pensional hasta el momento conocido y el nuevo régimen pensional que entraba a competir por los afiliados y escoger implicaba, de suyo, conocer los alcances de tal decisión"

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada,** y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

> *"…A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede*

> *estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;.**…”.***

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

Así mismo resulta relevante mencionar lo expresado en sentencia SU 107 de 2024 en la que al respecto se indicó que “si una persona desconoce las características del régimen al cual se afilió o se trasladó, **su decisión no habría sido plenamente consciente y, por tanto, no habría sido tomada bajo una libertad informada”,** de tal suerte que**, “**el deber legal de las administradoras **era simplemente informar y hacerlo de manera objetiva**. Si luego de ello la persona voluntariamente resolvía trasladarse al RAIS, esa determinación gozará de plena validez, con independencia de que aquella les hubiere dado más importancia a las opiniones de terceros, que a la misma información suministrada por las AFP”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se decir, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Proteccion S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad **en el año 1999**, sin que le haya dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, comunicados de prensa, relación histórica de movimientos, pre-calculo pensional, historia laboral, reporte estado de cuenta, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**, sin que sea relevante para el caso bajo estudio la reasesoria brindada para el año 2014 al demandante toda vez que lo que lo que se estudia es la ineficacia del acto inicial del traslado realizado a Protección S.A del cual se evidencia que efectivamente la entidad no cumplió el deber de información.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la parte demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

En primer lugar, debe indicarse que la ineficacia como respuesta jurídica del ordenamiento jurídico por la transgresión de un deber legal, su implicación es que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto.

Este aspecto fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL4360-2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

En lo relacionado con los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, la Corte Constitucional en la multicitada sentencia SU-107 de 2024 expresó, entre otros argumentos, que "*ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional*". Agregó que "*no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado*"

En este asunto existe una disparidad de criterios entre ambas cortes. De un lado, la Corte Constitucional sostiene que no se deben devolver las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima combinada o indexada; por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que se deben devolver todos los conceptos debidamente indexados.

Esta Sala del Tribunal respetuosamente se aparta de la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, para en su lugar seguir acogiendo el criterio del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en la medida de que no puede desconocerse que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS implica necesariamente que no se estuvo afiliado en este régimen pensional y en su lugar, siempre se consideró afiliado al RPMPD, por lo que, ante la inexistencia de vinculación a los fondos privados de pensiones y al retrotraerse la afiliación al estado inicial, las consecuencias implican que

deban devolverse la totalidad de los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz.

Lo anterior no implica una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, en la medida que los conceptos a devolver serán a cargo de los fondos privados de pensiones, con cargo a sus propios recursos, por ser los causantes del conflicto de afiliación ante la falta de una asesoría integral.

Lo dicho también tiene sustento en lo regulado por el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que refiere a la responsabilidad de los promotores, norma que señaló que "*Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones*"

Ahora, Frente a las consecuencias que implican la devolución de todos los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL509-2024 indicó que "*En este contexto, la sentencia que declara la ineficacia simplemente constata un estado de cosas preexistente, es decir, la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional. Esta situación implica negarle efecto al traslado, tratándolo como si nunca hubiera ocurrido (…) si la ineficacia implica que el afiliado nunca abandonó el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), entonces esos recursos, desde la creación del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*"

Siguiendo esta enseñanza la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, todos los conceptos

que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL2877-2020, en la que al respecto se expresó:

> *De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

En virtud de lo expuesto, para la Sala es claro que durante el período en que el demandante estuvo vinculado a las administradoras del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

En lo que toca con el pago de **seguros previsionales**, se debe indicar que dichos pagos obedecieron a una vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que debe asumir el fondo de pensiones generador de la ineficacia, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL755-2022, SL756-2022 y SL779-2022.

En lo referente a la **indexación** de las sumas a trasladar, es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como

objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

En orden de lo anterior se precisa que esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *"Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos …"*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *"… el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.",* traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y

menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *"los aportes por pensión,* ***los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales****";* así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *"… se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, … y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)"*

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 de 2021).

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo **7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016**; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga 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, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales* ***y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima****, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."*

En orden de lo anterior, considera la Sala que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima

Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

> *"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."*

Además de lo ya mencionado considera la Sala que debe ordenarse la devolución de los rubros mencionados así no hayan sido solicitados en la demandada dado que conforme se ha expuesto por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación inicial al RAIS, y en razón de ello, se deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado y aportado a las AFP o lo descontado por estas deba trasladarse a Colpensiones, con el fin de que se financie la pensión que deba reconocerse en el RPM.

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia. sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dichas entidades a **Colpensiones** debidamente indexados.

Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta.

Por lo anteriormente mencionado lo legal y pertinente será, CONFIRMAR y ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.

HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO

El secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: CARLOS EDUARDO RESTREPO BURITICA
DEMANDADO	: COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-023-2021-00288-01
RADICADO INTERNO	: 117-24
DECISIÓN	: ADICIONA, Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente

HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem.* La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 19 de junio de 2024 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS

Secretario