



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

Santiago de Cali, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

SENTENCIA N° 063

Acta N° 026

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de los Magistrados **ÁLVARO MUÑIZ AFANADOR** y **CAROLINA MONTOYA LONDOÑO** integrantes de la **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**, en orden a resolver la apelación y consulta de la Sentencia N° 005 del 6 de febrero de 2025, proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, integrada como litisconsorte necesario **COLFONDOS S.A.** y **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-016-2021-00138-01.

ANTECEDENTES

Demanda

Los hechos, **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** nació el 11 de abril de 1965¹, por ende, a la fecha cuenta con 59 años; registra afiliación previa con el RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**; posteriormente se trasladó al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** el 13 de febrero de 1996, sin mediar, suficiente información integral de las consecuencias; luego se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** en el mes de enero de 2012, en los mismos términos enunciados anteriormente; el 9 de abril de 2021, presentó solicitud de traslado de

¹ Cuaderno Juzgado, 03Pruebas, Copia Cedula DTE, Pág. 1.



régimen ante **COLPENSIONES**, sin embargo, la entidad se negó en el acto mediante misiva No. 2021_4077771-26612618.

Las pretensiones, se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado del RPMPD – **COLPENSIONES** al RAIS - **PORVENIR S.A.**; se declare la ineficacia del traslado ejecutado desde **PORVENIR S.A.** hacia **PROTECCIÓN S.A.**; en consecuencia, se ordene el retorno al RPMPD - **COLPENSIONES**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores de la cuenta de ahorro individual y sus respectivos rendimientos; se reconozca lo que resulte probado ultra y extra petita más costas procesales.

Contestación

COLPENSIONES respecto de los hechos manifiesta que, son ciertos el 1°, 16° y 18°; que no es cierto el 2°; en cuanto al resto aduce que no le constan. Se opone parcialmente a las pretensiones y formula las excepciones: **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.**²

PORVENIR S.A. frente a los hechos indica que, no le constan y/o no son ciertos. Se opone a las pretensiones y presenta como excepción previa: **FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORTE NECESARIO**, como excepciones de fondo: **PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACION Y GENÉRICA.**³

PROTECCIÓN S.A. en cuanto a los hechos refiere que, es cierto el 3°, 5°, 13° y 14°; del resto estima que no le constan y/o no son ciertos. Se opone a las pretensiones y presenta como excepción previa: **FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORTE NECESARIO**, y propuso las excepciones de fondo: **PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA (...).**⁴

² Cuaderno Juzgado, 09ContestaColpensiones8Feb2022.

³ Cuaderno Juzgado, 08ContestacionPorvenir.

⁴ Cuaderno Juzgado, 12ContestaciónProtección.



COLFONDOS S.A. con relación a los hechos señala que, es cierto el 1°; que resulta parcialmente cierto el 4°; que no es cierto el 16° y 17°; respecto del resto arguye que no le constan. Se opone a las pretensiones e interpone como excepciones previas: FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORTE NECESARIO Y FALTA DE COMPETENCIA POR INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA ANTE COLPENSIONES; impetró como excepciones de mérito: DEBIDO PROCESO – APLICACIÓN AL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE; COMPENSACIÓN Y PAGO (...)⁵

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de cara a los hechos expresa que, no le constan y/o no son ciertos. Se opone a las pretensiones y formula como excepciones de mérito: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. E INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA ASEGURADORA EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO (...)⁶

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22° Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 005 del 6 de febrero de 2025, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR, identificado con la CC. No. 31.935.584 al fondo de pensiones COLFONDOS S.A. y los posteriores traslados a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a devolver íntegramente, los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual de la demandante contentivos de aportes, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado. Al momento de cumplirse esta orden, los

⁵ Cuaderno Juzgado, 17ContestacionDemandaColfondos.

⁶ Cuaderno Juzgado, 20ContestacionDemandaApoderadoAllianzSeguros.



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: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la integrada en calidad de Litis Consorcio Necesario ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

SEXTO: ABSOLVER a la integrada en calidad de Litis Consorcio Necesario ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., de las pretensiones incoadas en el presente asunto por la demandante.

SÉPTIMO: Para la devolución de los conceptos ordenados se le concede a PROTECCIÓN S.A., el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

OCTAVO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV. Para cada una. Líquidense por Secretaría.

NOVENO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

En respaldo de su decisión sostuvo que, se comprobó que no se le brindó a la demandante información clara, precisa y comparativa sobre las implicaciones del cambio de régimen, generando un sesgo en su decisión. Con relación a la aseguradora, analizó las obligaciones legales de la misma en relación con la cobertura de riesgos de invalidez y sobrevivencia, y destacó que las compañías aseguradoras asumen la responsabilidad de cubrir la porción faltante del capital necesario para garantizar las pensiones cuando se presentan contingencias como enfermedades, accidentes o fallecimiento de los afiliados, sin embargo, concluyó que, si las condenas impuestas a la aseguradora no se derivan de los riesgos que le corresponde asumir, esta no tiene responsabilidad alguna como es del caso. Reafirmó la imprescriptibilidad del derecho a la pensión, permitiendo que los afiliados soliciten en cualquier momento la declaración de ineficacia del traslado entre regímenes.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES por conducto de apoderada judicial solicita que, se adicione como condena a los fondos privados la devolución de los conceptos por saldo de la cuenta individual, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales,



comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados conforme al precedente jurisprudencial en la materia de la Corte Suprema de Justicia. De otro lado, exige que su representada se le absuelva de las costas procesales.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. mediante su mandatario judicial manifiesta que, debe condenarse en costas a Colfondos S.A. en favor de su defendida, toda vez que, dicho fondo en abuso del derecho solicitó la integración de la aseguradora sin fundamento alguno para la devolución de las primas de seguros previsionales, lo que acarrea erogaciones por la representación en el proceso judicial y que deben ser asumidas por la AFP; sostiene que, liquidar las costas por un valor inferior al sufragado por su defendida representaría un detrimento patrimonial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Transcurrido el traslado correspondiente, las partes presentaron sus alegatos dentro del plazo establecido, los cuales se limitaron a lo discutido en primera instancia, siendo atendidos en el marco de la providencia.

CONSIDERACIONES

Competencia

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).

Litigio

El problema jurídico por resolver se circunscribe en determinar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR**, del RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**, y en caso afirmativo, establecer los efectos de dicha



declaratoria de cara a los demás traslados, legislación, jurisprudencia y doctrina en la materia, así como la distinción entre la oportunidad de traslado dispuesta en la Ley 2381 de 2024 y la ineficacia de traslado reglada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Marco Legal y Jurisprudencial

Ley 2381 del 2024 - artículos 75 y 76

Decreto Reglamentario 1225 de 2024 – artículos 11, 12, 13 y 19

En sentir mayoritario de la Sala, la Ley 2381 de 2024 se encuentra vigente⁷, es por ello por lo que, se plantea la distinción entre ineficacia y traslado. En este orden de ideas, a través de la primera vía, es decir, la ineficacia, se cuestiona el cambio del régimen pensional de reparto (RPMPD) al de ahorro individual (RAIS), en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, debido a la falta de consentimiento informado y por vía jurisprudencial se ha hecho más notorio este aspecto en las personas que perdieron el régimen de transición que estableció el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o la prohibición de movilidad entre regímenes cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Tiene efecto retroactivo.

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

⁷ En auto de 2 de septiembre de 2024, la Corte Constitucional, en auto inadmisorio de las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 2381 de 2024, rad. D-16007 y D-16106 (AC) M.S. Cristina Pardo Schlesinger, señaló: “Con fundamento en lo anterior, este despacho considera que el artículo 94 de la Ley 2381 de 2024 no afectó la entrada en vigor del artículo 76 ejusdem, pues este viene surtiendo efectos «a partir de su promulgación», tal como lo dispuso el legislador en su redacción. Siendo un caso en el que la vigencia está atada al momento de la publicación. De modo que el plazo de dos años para proceder al traslado que regula la disposición demandada comenzó a correr desde la publicación de la citada ley, el 16 de julio de 2024, y culminaría el 16 de julio de 2026”.



En nuestro sentir, las disposiciones que emanan de la Ley 2381 de 2024 y el Decreto Reglamentario 1225 del 3 de octubre de 2024, son permisos a los afiliados que se encuentren dentro del ámbito de aplicación subjetiva⁸ y objetiva⁹ para que se puedan trasladar de régimen sin necesidad de acudir a un proceso judicial y previa doble asesoría. Pero dichas normas son restrictivas respecto a los afiliados o que no cumplen dichas condiciones o no desean utilizar dicho mecanismo o no les convence la doble asesoría. No tiene efecto retroactivo.

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

Ley 100 de 1993 – Artículo 271

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

⁸ ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA: Se aplica a las personas que tengan 750 semanas cotizadas, para el caso de las mujeres y 900 semanas cotizadas para el caso de los hombres y que les falten menos de 10 años para tener la edad de pensión.

⁹ ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA: Dichas personas tienen 2 años a partir de la promulgación de la ley (16 de julio de 2024 hasta 16 de julio de 2026), para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa doble asesoría de Ley 1748/14. Implica un acto individual y voluntario de trasladarse después de que se le haga la doble asesoría, como única carga de diligencia y de prueba.



acreedor a una multa determinada en la norma y la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

Y su ámbito de aplicación objetiva: Afiliados que no han recibido información completa, adecuada, correspondiente e integral. Actos que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral; la respectiva afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Se requiere de un proceso declarativo que imponga la ineficacia de traslado. Tiene implicaciones de carga de la prueba, las cuales recaen en mayor medida a las AFP quienes fueron las que dieron la información.

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

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

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

Otras Disposiciones Legales



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

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

CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL2946-2021: *“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (...) De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.”*

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---



<p>1- Deber de información</p>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<p>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</p>
<p>2- Deber de información, asesoría y buen consejo</p>	<p>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<p>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</p>
<p>3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</p>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa n.º 016 de 2016</p>	<p>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</p>

Cuando se presentan **múltiples traslados**¹⁰ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Frente a los **actos de relacionamiento** la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen:

“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez: De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga: Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera

¹⁰ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021.

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



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.”

En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**¹¹ se ha edificado la tesis que corresponde a los fondos pensionales acreditar el cumplimiento del deber 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**¹² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son

¹¹ 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.

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 desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

¹² 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).



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.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional - Sentencia SU 107 del 2024

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

“327. Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la nulidad y a la ineficacia del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en 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

Descendiendo al caso objeto de estudio se tiene acreditado que, **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** nació el 11 de abril de 1965, es decir que, a la fecha cuenta con 59 años; acredita un total de 1.083,42 semanas al 4 de febrero de 2022¹³; en consecuencia, su situación actual no impide que se pueda declarar la ineficacia como más adelante se tratara, sin perjuicio de que pueda optar por trasladarse de régimen dentro del término previsto en el artículo 76 de dicha disposición legal.

El artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 - Decreto Reglamentario 1225 del 3 de octubre de 2024, habla de un traslado voluntario en el interregno de dos (2) años a partir de la promulgación, tiene efectos hacia el futuro; en cambio, la ineficacia es una consecuencia del acto de traslado no informado y en ese sentido, este precepto no le hace perder la competencia al juez laboral para decidir las ineficacias y adicionalmente, debido a la naturaleza disímil de la ineficacia y del traslado, amén de que, el libelo fue presentado con anterioridad a la referida ley, lo cual se destaca con mayor amplitud con el efecto retroactivo de la ineficacia de borrar todo lo anterior, volviendo las cosas al estado anterior al traslado no informado.

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

“...La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴ y del Consejo de Estado¹⁵ coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley

¹³ Cuaderno Juzgado, 08ContestaciónPorvenir, Historia laboral consolidada Porvenir, Pág. 179 y SS.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-233 de 4 de abril de 2002, expediente D-3704; C-551 de 9 de junio de 2003, expediente CRF-01 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente D-D7966, entre otras.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01 (PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero



y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.

Así, en esta materia cobra importancia la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual, “[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación...” (“favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda”); y de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas prohibitivas, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “[e]n la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”¹⁶.

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

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

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

Vistos los ámbitos de aplicación subjetiva, objetiva y consecuencias, el artículo 76 de la Ley 2381/24 - Decreto Reglamentario 1225 del 3 de octubre de 2024, es de orden público, pero solamente cobija las situaciones contempladas en dicho precepto y sus consecuencias, no pudiendo entonces trasladarse sus ámbitos de aplicación a las ineficacias, ni mucho menos sus consecuencias, a lo sumo se podrá aplicar dicha regla como refuerzo a las ineficacias, porque en ese caso no es restrictivo y eventualmente puede ser complementario de las mismas frente a casos en que coincidan los requisitos del caso con la nueva disposición, para entender

de 2002, expediente número 2001-0148-01 y Sección Tercera Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01 (PI), entre otras.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 1898, XIV, 92, reiterada por la Sala de Casación Laboral de esa misma corporación en sentencia de 24 de julio de 1998, radicación 10767.



como un signo inequívoco que la persona se quiere trasladar, pero no más allá de ese aspecto.

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

DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR se afilió al RPMPD – **COLPENSIONES** desde 27 de julio de 1988¹⁷; posteriormente realizó traslado al RAIS – **COLFONDOS S.A.** desde el 1 de junio de 1994¹⁸.

Conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con la AFP **COLFONDOS S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar a su afiliado por aquel entonces: *“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, deriva de los Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, 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.

¹⁷ Cuaderno Juzgado, 03Pruebas, Reporte de semanas cotizadas en pensiones Colpensiones, Pag 13 y SS.

¹⁸ Cuaderno Juzgado, 12ContestaciónProtección., Historial de vinculaciones Asofondos, Pág. 45.



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 Hinestrosa¹⁹ 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 referida 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 citado²⁰ señalando:

“351. Consecuencias de la falta al deber de información

Teniendo en cuenta las apreciaciones y precisiones precedentes, es natural concluir que la falta de provisión de la información debida, oportuna, pertinente, veraz, completa, ha de generar consecuencias adversas para quien calló, en la medida en que esa omisión haya significado a la otra parte la celebración de un contrato que no habría celebrado de haber contado con aquella noticia, o haberlo celebrado en otras condiciones, o quebrantos por la adquisición de bienes o servicios inadecuados, o haber perdido oportunidades mejores de obtenerlos. Ello quiere decir que la víctima se le abre un abanico de remedios, alternativos unos, concurrentes otros, a su elección y de acuerdo con los respectivos supuestos de hecho como son la anulación del contrato por vicio de la voluntad (dolo o error) o por conflicto de intereses, rescisión o rebaja del precio por vicio redhibitorio, resarcimiento de daños, y en algunos contratos de consumo, derechamente el poder dejar sin efectos el contrato.”

¹⁹ 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.

²⁰ Idem. Pág. 711.



El análisis del material probatorio documental presentado por **COLFONDOS S.A.**²¹, arroja que la entidad no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que representaba a **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** su incorporación al RAIS, con el fin de permitirle valorar de forma integral las diferentes aristas e implicaciones de su traslado, tanto desde una percepción favorable como desfavorable de cada régimen de cara a sus intereses.

Cabe destacar que, respecto del formulario de vinculación, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la simple firma de formularios o declaraciones preimpresas, como «de forma libre y sin presiones», no basta para acreditar el deber de información. En la Sentencia SL19447-2017, se subrayó que las administradoras de fondos de pensiones deben garantizar un consentimiento informado real, donde el afiliado decida libremente con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias del acto, lo cual se itera se echa de menos en este caso.

En cuanto a la declaración rendida por **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR**²² se extrae que, no recuerda haber suscrito afiliación con Colfondos y que la suscripción de los formularios de traslados con Porvenir y Protección se dieron por conducto del área de recursos humanos de sus empleadores, sin la intervención de asesores de dichos fondos, y sin mediar información al respecto. En consecuencia, no se advierte confesión alguna del afiliado tendiente a dar por demostrado el consentimiento informado frente al traslado.

En ese orden de ideas, **COLFONDOS S.A.** no consigue acreditar el cumplimiento del deber de información en concordancia con los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la materia, por lo que no se acreditó el consentimiento informado de **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** frente al traslado de régimen, lo que deriva en la declaratoria de ineficacia rogada, de ahí que, habrá de modificarse el fallo en este aspecto para precisar el acto declarado ineficaz y posteriores.

²¹ Cuaderno Juzgado, 17ContestacionDemandaColfondos, Pág. 26 y SS

²² Cuaderno Juzgado, 28AudienciaArt77y80CPTSS, Min 2:35 a 43:03.



Traslado de Recursos

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

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

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

“... es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron...”

Conforme al artículo 1746 del Código Civil, la nulidad da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, consagrando un efecto retroactivo, salvo los casos de los contratos con incapaces y en los eventos de objeto y causa ilícita. En últimas, lo referente a restituciones mutuas es de carácter objetivo.



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

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

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

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

Si nos detenemos en el artículo 964 del Código Civil que regula la inexistencia de los frutos por imposibilidad tenemos que en ese caso se deben el valor que tenían y al ser deudor de mala fe deberá responder con su patrimonio con independencia



que haya celebrado o no nuevos contratos con unos terceros, respecto de los cuales no es necesario que estén vinculados en el proceso.

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

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

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

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

El profesor FERNANDO HINESTROSA señala que el fenómeno restitutorio no es una medida represiva, sino ablativa, por lo que la incorrección, la deslealtad o el incumplimiento de uno de los contratantes son circunstancias aparte que adquiere relevancia para la determinación resarcitoria, mas no en la restitutoria que es una consecuencia directa, indefectible e ineludible de la cancelación del contrato, e igual para ambas partes en toda eventualidad.²³

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

²³ 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 7²⁴ y 9²⁵ 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

²⁴ **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.

²⁵ **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 por 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 los gastos de administración con rendimientos y aún indexados resultan exiguos. En ese sentido, esta Sala en los casos analizados solamente en un caso ha alcanzado el interés para acceder al recurso de casación en los eventos de ineficacia simple.

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

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

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

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

Por lo anterior, nos apartamos del precedente de la Corte Constitucional y acogemos el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que si ordena la devolución de gastos de administración, pago de primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y aportes voluntarios, no con cargo al sistema sino con cargo al patrimonio del fondo privado lo cual



consulta normas sustantivas y tiene el aval del principio de proporcionalidad en los términos ya explicados.

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

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

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

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

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



Expectativa pensión RPM



Simulación del Beneficio para cotización de 1 y 25 SMMLV

Genero Cotizante	Hombre	Tasa de cotización Vejez	13,0%
Tasas Interés técnico desacumulación (real)	4,0%	Edad Inicio Laboral	22
Tasa Int acumulación (Real)	6,13%	Edad Min Pensión Hombres	62
Factor Crecimiento SMM vs IPC	1,6%		
IBL (tiempo)	10		

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

El párrafo del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 - Decreto Reglamentario 1225 del 3 de octubre de 2024, prescribe:

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

Sin embargo, consideramos que si deben existir devoluciones por ser ineficacia y traslado dos instituciones distintas: El traslado es un acto voluntario del afiliado dentro del marco normativo de la Ley 100 de 1993, de la Ley 2381 de 2024 y el Decreto Reglamentario 1225 del 3 de octubre de 2024. La ineficacia, del traslado en cambio, busca dejar sin efectos un paso que jamás debió darse para suprimir toda mácula en el historial pensional de la parte demandante. Ello porque se desconoció por las AFP el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De manera que se



trata de un análisis a la luz de las obligaciones legales de las AFP -de tipo cautelar, en el contexto de incertidumbre financiera en que se mueve el RAIS-. Es ubicar al afiliado y a la AFP en el estado que se encontraban antes del traslado, es más dice la norma *“la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

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

ART. 76 LEY 2381/24 TRASLADOS DECRETO REGLAMENTARIO 1225 DEL 3 DE OCTUBRE DE 2024	INEFICACIAS (ART. 271 LEY 100 DE 1993)
<p>1.ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA</p> <p>Se aplica a las personas que tengan 750 semanas cotizadas, para el caso de las mujeres y 900 semanas cotizadas para el caso de los hombres y que les falten menos de 10 años para tener la edad de pensión.</p>	<p>1.ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA</p> <p>Todas las personas que se encuentren afiliados al sistema; comprende a los que tienen única afiliación en cualquiera de los regímenes y todo dentro del marco de aplicación objetiva que se señalará. No se requiere de un determinado número de semanas para que se les pueda aplicar a los afiliados la ineficacia, ni la falta de un número de años para pensionarse aparece en su ámbito de aplicación subjetiva, aunque se ha utilizado mayormente con quienes le faltaba menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.</p>
<p>2.ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA</p> <p>Dichas personas tienen 2 años a partir de la promulgación de la ley (16 de julio de 2024 hasta 16 de julio de 2026 para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa doble asesoría de Ley 1748/14. Implica un acto individual y voluntario de trasladarse después de que se le haga la doble asesoría, como única carga de diligencia y de prueba.</p>	<p>2.ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA</p> <p>Afiliados que no han recibido información completa, adecuada, correspondiente e integral. Actos que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral; la respectiva afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Se requiere de un proceso declarativo que imponga la ineficacia de traslado. Tiene implicaciones de carga de la prueba, las cuales recaen en mayor medida a las AF quienes fueron las que dieron la información.</p>
<p>3. CONSECUENCIAS</p>	<p>3. CONSECUENCIAS</p> <p>Las cosas vuelven al estado anterior (CSJ SL3155-2022 y SI3188-2022 entre otras, donde</p>



Los valores contenidos en las cuentas de ahorro individual de las personas **que hagan uso de este mecanismo** seguirán siendo administrados por la AFP hasta el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior. Las negrillas implican una categorización restrictiva porque la limitante se impone a quienes hagan uso exclusivo de ese mecanismo, no se puede extender otras hipótesis no previstas en el texto. No se devuelven ni % GPM, ni gastos de administración, ni cobro de primas previsionales, ni valores en cuentas de rezago. La administración se mantiene en la AFP hasta que se presenten dos situaciones o se consolide la pensión integral de vejez o se consolide (causación) la pensión de vejez del régimen anterior. Aparentemente deja por fuera a los que se podrían pasar del RPMPD a Ahorro individual pasar a gozar de la GPM con 1150 semanas. Efecto inmediato y hacia el futuro

se asevera que las partes en lo posible deben volver al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto de afiliación o traslado, es decir con efectos ex tunc (desde siempre-retroactivos)

Según la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral las AFP deben devolver cotizaciones en las cuentas, rendimientos, gastos de administración, % GPM, descuentos por seguros previsionales, cuentas de rezagos, indexación, ahorros voluntarios (**SL3465-2022, SL2229-2022SL3188-2022 y SL3150-2023 entre otras**).

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

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

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

En este orden de ideas, se impone la adición de los recursos que son objeto de restitución a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** tales como, primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y saldo de cuentas de rezago si los hubiere, emolumentos con cargo a su patrimonio y que deberán trasladarse a **COLPENSIONES** con sus rendimientos, frutos e intereses en la forma y plazo estipulado por el A quo en los ordinales Cuarto y Séptimo del fallo impugnado.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** deberá restituir a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y saldo de cuentas de rezago si los hubiere, emolumentos con cargo a su patrimonio y que deberán trasladarse a **COLPENSIONES** con sus rendimientos, frutos e intereses en el plazo de 30 días hábiles posteriores a la ejecutoria de la presente decisión, 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.

Frente a las cotizaciones voluntarias **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** deben acatar lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 3995/08.

COLPENSIONES deberá aceptar la afiliación de **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** al RPMPD sin solución de continuidad ni imponer cargas adicionales.

No se accede a la indexación, toda vez que, con la devolución de rendimientos, frutos e intereses se compensa la degradación de los recursos, 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.

La devolución integral de los recursos a cargo de **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** tras la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no constituye enriquecimiento sin causa, puesto que retrotraer todos los efectos derivados del acto jurídico invalidado, también incluye la restitución de los valores percibidos por los fondos porque dichos recursos debieron ingresar al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** desde un inicio y que financiaran las prestaciones a que haya lugar.²⁶

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

²⁶ CSJ SL2930-2024 “En cuanto a los efectos de declarar la ineficacia del acto, esta Corporación ha enseñado que procede la devolución de los valores que el fondo ha recibido, lo que comprende las cotizaciones, el bono pensional si fuere del caso. Además de los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, prima de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como lo destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el actor estuvo vinculado a su entidad (...)

Lo anterior no implica un enriquecimiento sin justa causa, ya que simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria referida y tal solución, protege la sostenibilidad financiera, tanto es así que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a dicha sociedad serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020).



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 2946-2021²⁷, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la parte demandante al fondo común de naturaleza pública.

Prescripción

Las acciones para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional son imprescriptibles, ya que, a diferencia de los derechos de crédito y las obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Además, al tratarse de una pretensión declarativa vinculada a los derechos asistenciales del afiliado, protegidos por el artículo 48 de la Constitución Política, no existe un plazo límite para ejercer esta acción. En consecuencia, el afiliado mantiene, sin restricción temporal, la legitimidad para reclamar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y demás componentes de su derecho pensional. CSJ - SL-2946-2021

Por otro lado, no es aplicable la prescripción respecto a los emolumentos que deben restituirse, ya que están destinados a asegurar el derecho fundamental a la pensión del afiliado. Este derecho, por su naturaleza irrenunciable y de orden público, no está sujeto a restricciones.

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.

²⁷ “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).



En consecuencia, **COLPENSIONES** se opuso a la demanda y formuló excepciones como medios de defensa, de manera que, al salir avante las pretensiones de la contraparte, resulta procedente la imposición de costas a su cargo como parte vencida, lo que da paso a la confirmación de la condena.

No es posible disminuir la cuantía de la condena en costas de primera instancia impuesta a **COLPENSIONES**, ya que el momento procesal adecuado para impugnar dicha decisión es al notificarse el auto de aprobación y liquidación de costas.

Con relación a la solicitud de condena en costas a favor de **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, y a cargo de **COLFONDOS S.A.**, resulta necesario recordar que, el litisconsorcio necesario, conforme al artículo 61 del CGP, se configura cuando existe una relación sustancial o titularidad compartida de los derechos debatidos, lo que implica que todos los litisconsortes deben estar presentes en el proceso para que la sentencia sea válida, si bien las pretensiones de la demandante no revelan una relación jurídica indivisible con **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, pues dicha entidad no interviene en el acto de afiliación y/o traslado que realizó la promotora sino de relaciones contractuales posteriores, **COLFONDOS S.A.** no debió solicitar la figura del litisconsorcio necesario, sino un llamamiento en garantía, debido a que ambas instituciones jurídicas tienen propósitos y fundamentos distintos.

En ese orden de ideas, **COLFONDOS S.A.** buscaba trasladar una eventual responsabilidad económica a un tercero y no consolidar un litisconsorcio con partes que compartieran un derecho sustancial en el proceso, correspondía un llamamiento en garantía y no la configuración de un litisconsorcio necesario, no obstante, el A quo determinó la integración de la aseguradora como litisconsorcio necesario, y dado que no se configura ninguna de las causales objetivas para la condena en costas, ni temeridad o mala fe del fondo pensional, no hay lugar a su imposición.

No es procedente acceder a la terminación del proceso por el eventual traslado que se ha hecho en el curso del proceso, en la medida en que, la sentencia implica una serie de devoluciones que no se han hecho, sin perjuicio de la diferencia entre ineficacia y traslado, ya tratada.



Costas en esta instancia a cargo del apelante infructuoso **COLPENSIONES** y **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal Segundo de la Sentencia N° 005 del 6 de febrero de 2025, proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar: **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado el 1 de junio de 1994, por **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** del RPMPD administrado en otrora por Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**, y de contera el posterior traslado ejecutado el 1 de marzo de 1996 con **PORVENIR S.A.** y el 1 de marzo de 2012 con ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal Tercero de la Sentencia N° 005 del 6 de febrero de 2025, proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de: **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar la afiliación al RPMPD de **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR** sin solución de continuidad ni imponer cargas adicionales.

CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO ORDINAL.

TERCERO: ADICIONAR al ordinal Cuarto de la Sentencia N° 005 del 6 de febrero de 2025, proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de: **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, las primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y saldo de cuentas de rezago si los hubiere, emolumentos con cargo a su patrimonio y que deberán trasladarse con sus rendimientos, frutos e intereses en la forma y plazo estipulado por el A quo.

CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, las primas de seguros



previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y saldo de cuentas de rezago si los hubiere, emolumentos con cargo a su patrimonio y que deberán trasladarse a **COLPENSIONES** con sus rendimientos, frutos e intereses en el plazo de 30 días hábiles posteriores a la ejecutoria de la presente decisión, 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.

ORDENAR a **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** acatar lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 3995/08.

CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO ORDINAL.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia N° 005 del 6 de febrero de 2025, proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Cali.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, como agencias en derecho se fija a cada una la suma de \$2.000.000, en favor de **DIANA PATRICIA GIRALDO TAFUR**.

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

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente



ÁLVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada
Salvamento Parcial de Voto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En mi calidad de magistrada integrante de la Sala Tercera de Decisión Laboral, me permito apartarme parcialmente de la presente sentencia por los motivos que expongo a continuación. Si bien estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que declara la ineficacia del traslado del afiliado y su consecuente retorno al régimen de prima media, no comparto la imposición en segunda instancia del traslado a COLPENSIONES de la comisión de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las primas del seguro previsional.

Lo anterior, en virtud del precedente constitucional y su carácter vinculante establecido en la reciente sentencia de unificación SU-107 de 2024 de la Corte Constitucional, en la que se precisa:

"En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden



retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional"
(CC SU-107 de 2024, párr. 303).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las sentencias de unificación tienen un carácter obligatorio y vinculante, lo cual implica que deben ser acatadas en su integridad para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico (Sentencia CCSU611-2017).

A raíz del reciente pronunciamiento, la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS no puede tener efectos retroactivos absolutos que desconozcan la realidad del servicio fiduciario de la gestión de los aportes pensionales y los riesgos asumidos por la AFP durante la permanencia del afiliado en dicho régimen. Las comisiones de administración remuneraron la gestión de los recursos que a su vez generaron rendimientos que en virtud de la orden de retorno ingresarán al fondo común del RPM; el seguro previsional cubrió las eventuales contingencias de invalidez y sobrevivencia durante la permanencia del afiliado en ese régimen y la AFP bajo mandato legal transfirió estos recursos a la aseguradora del previsional; además, los aportes al fondo de garantía respaldaron el pago de pensiones mínimas en virtud del principio de solidaridad de ese régimen. Estos conceptos no pueden ser simplemente anulados como si nunca hubieran existido, pues ello desconocería el principio de buena fe y confianza legítima que debe regir las relaciones entre los particulares y las entidades que prestan el servicio público de seguridad social.

En términos de la Sala Laboral de la CSJ (SL 373-2021) y extrapolando las conclusiones de la providencia a la línea de ineficacia del traslado del afiliado, estos conceptos implican una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, que no es razonable revertir o retrotraer. Hacerlo, implica desconocer la labor de administración de los recursos que realizó la AFP sin mayor argumento, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, que en últimas no afecta la razón principal que es la prestación del afiliado.

Adicionalmente, ordenar el traslado de estos rubros a COLPENSIONES generaría un desequilibrio financiero en el Sistema General de Pensiones, pues se estaría trasladando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) unos recursos que no fueron previstos ni presupuestados para su funcionamiento. En conclusión, aunque apoyo la



declaración de ineficacia del traslado de los afiliados y su consecuencial retorno al RPM, no comparto la orden de devolución de los recursos mencionados, en virtud de la línea establecida por la corte constitucional en la CCSU 107-2024.

En estos términos, dejo consignado mi salvamento parcial de voto respecto de la sentencia proferida por la sala.

Carolina Montoya L

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada

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: **230734212381315b56999e8f516039c16aac85b43076dc5cb6b775df092fa375**

Documento generado en 21/03/2025 10:20:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>