



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

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA N° 104
Acta de Decisión N° 033**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**, en orden a resolver la apelación y consulta de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, siendo integrada como litisconsorte necesario **COLFONDOS S.A.** y llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-001-2023-00442-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones formuladas por el demandante, por conducto de apoderado judicial, están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado del RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**

Como secuela de lo anterior, se ordene el retorno a **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, los conceptos efectuados por aportes, rendimiento y asumir las diferencias derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes; se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, más costas procesales.



En sustento de sus pretensiones relatan los hechos de la demanda que, el promotor nació el 16 de mayo de 1963, por ende, a la fecha cuenta con 60 años; que inició su vinculación laboral y cotizaciones a pensión el 14 de febrero de 1985; que tiene cotizadas 533,57 semanas ante **COLPENSIONES** y un total de 1.108 semanas en **PORVENIR S.A.** al 30 de junio del 2023.

Expone el libelo que, la expectativa de una mesada en **COLPENSIONES** es superior a la de **PORVENIR S.A.**, sin que el demandante tuviera la posibilidad de conocer dicha diferencia al momento de la asesoría; que fue abordado en su puesto de trabajo por funcionarios de **PORVENIR S.A.**, con el fin de ofertarle varias ventajas de realizar el traslado, sin embargo, no se le explicó las condiciones del traslado, modalidades de pensión, derecho de retracto entre otros.

Informa que, se presentó reclamación ante **COLPENSIONES** el 16 de agosto del 2023, solicitando la ineficacia del traslado, no obstante, la entidad se negó mediante oficio BZ 2023_13855296-2204624 del 17 de agosto del 2023; de otro lado, y en el mismo sentido, elevó petición ante **PORVENIR S.A.** el 18 de agosto del 2023, empero, la entidad también se negó mediante misiva del 13 de septiembre del 2023.

REPLICAS

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, son ciertos del 1° al 3° y del 10° a 12°, respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: LA INNOMINADA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION; COBRO DE LO NO DEBIDO; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y COMPENSACIÓN,

PORVENIR S.A. en cuanto a los supuestos facticos expresa que, es cierto el 10°, 13° y 14°, del resto aduce que no son ciertos y/o no le constan. Se opuso a las pretensiones y presentó como excepción previa: FALTA DE INTEGRACIÓN DEL



LITISCONSORTE NECESARIO – COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.¹, de otro lado, formuló las excepciones de fondo: BUENA FE; AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO; ACEPTACIÓN TÁCITA DE LAS CONDICIONES DEL RAIS Y PRESCRIPCIÓN.

COLFONDOS S.A. de los hechos refiere que, son ciertos del 1° al 3° y del 10° al 14°, que no es cierto el 8° y frente al resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y presentó como excepciones de mérito:

PROHIBICIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; COMPENSACIÓN Y PAGO; ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA ANTE UNA EVENTUAL CONDENA FRENTE A LA DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y SEGUROS PREVISIONALES; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO Y LA GENÉRICA O INNOMINADA.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

COLFONDOS S.A. formula llamado en garantía en contra de **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, con el propósito de que, en caso de condena por devolución de seguros previsionales, sea la aseguradora quien asuma la responsabilidad de dicha restitución.

Los supuestos de hecho relatan el historial del proceso judicial, la suscripción del formulario de vinculación entre la AFP y el demandante, el pago de los seguros previsionales para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia mediante póliza 0209000001 con vigencia de 1995 al 2000 y los fundamentos de orden legal para el descuento de dicho rubro de las cotizaciones obligatorias

A su turno, **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** frente a los hechos de la demanda aduce que no le constan. Se opone a las pretensiones e impetra las excepciones:

¹ El Juzgado de Conocimiento, por medio del Auto Interlocutorio No. 3776 del 30 de noviembre del 2023, declara probada la excepción previa formulada por Porvenir S.A. y se ordena la integración de Colfondos S.A. como litisconsorte necesario, decisión que no fue objetada.



LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR QUIEN EFECTUÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MI PROCURADA; AFILIACIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA DEL SEÑOR CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO; PROHIBICIÓN DE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

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

Por otro lado, de los supuestos facticos del llamado en garantía expresa que, es cierto el 2º, en cuanto a los demás arguye que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito:

ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE COLFONDOS S.A. AL LLAMAR EN GARANTÍA A ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. AÚN CUANDO LA AFP TIENE PLENOCONOCIMIENTO QUE NO LE ASISTE EL DERECHO DE OBTENER LA DEVOLUCIÓN Y/O RESTITUCIÓN DE LA PRIMA; AL NO PROSPERAR LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, LAS AGENCIAS EN DERECHO A FAVOR DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. DEBEN LIQUIDARSE POR UN VALOR IGUAL AL ASUMIDO QUE COMPENSE EL ESFUERZO REALIZADO Y LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL QUE IMPLICÓ LA CAUSA.

INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL AL ESTAR DEBIDAMENTE DEVENGADA EN RAZÓN DEL RIESGO ASUMIDO; INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. POR CUANTO LA PRIMA DEBE PAGARSE CON LOS RECURSO PROPIOS DE LA AFP CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO; LA INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO NO CONLLEVA LA INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL; LA EVENTUAL DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO NO PUEDE AFECTAR A TERCEROS DE BUENA FE; FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO PREVISIONAL No. 0209000001; PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL SEGURO; APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL SEGURO Y COBRO DE LO NO DEBIDO.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, conforme las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CEANTIAS** realizado por el señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO** en el año 1995 y el posterior traslado efectuado a **PORVENIR S.A.** En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado 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: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hayan causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de pensión de garantía mínima con cargo a su propio patrimonio, previstos en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a devolver el porcentaje de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de pensión de garantía mínima, con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a que admita nuevamente al señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la misma, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.



SSEXTO: ABSOLVER a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** de las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, según lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR a **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **PORVENIR S.A.** en costas, se fijan como agencias en derecho la suma de **\$1.500.000** a cargo de cada una y a favor del demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE ante el superior el presente fallo en caso de no ser apelado y en favor de **COLPENSIONES**.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, **PORVENIR S.A.**, mediante su apoderada judicial manifiesta que, se opone a la decisión pues la entidad que ejecutó el traslado de régimen fue Colfondos S.A., castigándosele a su defendida de una forma desproporcionada por acciones u omisiones de otra AFP; que el traslado de fondo se hizo con el lleno de requisitos legales, además de que se hizo una correcta administración de los recursos generándose rendimientos, dando por cumplido el deber de información; que el traslado horizontal demuestra actos de relacionamiento; que las últimas cotizaciones del afiliado están por el orden del mínimo, por lo que su virtual mesada no se verá afectada; que se opone a las restituciones mutuas, pues se itera que se generó rendimiento y no habría lugar a devolver los demás recursos.

Señala que no es posible retornar las primas, pues el seguro cumplió con la cobertura de los eventuales riesgos, además el retorno de dichos rubros de manera indexada no se encuentra consagrados en la ley; igual criterio para el fondo de garantía de pensión mínima, dado que el Ministerio de Hacienda es cuota partista; discrepa de la indexación, ya que constituirá un doble cobro y un enriquecimiento sin justa causa, por ende, solicita la revocatoria integral del fallo.

El litisconsorte necesario **COLFONDOS S.A.**, por medio de su mandatario judicial expone que, si bien el demandante afirmó en el interrogatorio que no tuvo acercamiento con su representada, lo cierto es que la AFP por regla general realiza asesoría de forma integral, entonces si la entidad hubiera tenido la oportunidad de asesorar al demandante, le habría informado integralmente de las implicaciones del traslado y demás; frente a la condena de gasto y seguros, alude que la restitución



de dichos conceptos va en contra de la normatividad que rige los traslados y funcionamiento de los regímenes, además que ya fueron consumados; en ese orden de ideas, solicita se absuelva a su defendida de todas las condenas impuestas.

La llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, por conducto de su apoderado judicial solicita que, se adicione condena en costas a cargo de Colfondos S.A., por la no prosperidad del llamado, pues se aportó de forma oportuna la facturación de los gastos de representación y agencia en derecho en que se incurrió la aseguradora para la defensa, pues la AFP si es una parte vencida

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

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

Objeto de la Apelación y Consulta

El eje central de discusión, orbita en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, desde el RPMPD administrado en otrora por el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por la AFP **COLFONDOS S.A.**, en igual sentido el traslado posterior dentro del RAIS efectuado con **PORVENIR S.A.**

En consecuencia, establecer si es procedente su reincorporación en RPMPD administrado **COLPENSIONES** y el correspondiente traslado de sus cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, prescripción y costas procesales.



Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al recordar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021:**

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

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

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

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

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos



de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema



de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto.**

En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**² 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**³ como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos pre-impresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

² 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).

³ 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).



En cuanto al **interrogatorio de parte**⁴ la praxis judicial enseña que no es útil el interrogatorio de parte en esta clase de procesos, pues si bien corre a cargo de las AFP'S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP'S, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP'S.

La **aplicación del precedente**⁵ vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtir los traslados.

Cuando se presentan **múltiples traslados**⁶ 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.

⁴ SL 3349 del 28/07/2021

Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.

⁵ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

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

⁶ Ibidem

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



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

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

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

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

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

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

Por último, conviene precisar que 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 jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.



Caso Concreto

El señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, pretende por la vía judicial que, se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional, el cual da cuenta el material probatorio allegado por **PORVENIR S.A.** (*historial de vinculación de Asofondos*), se hizo efectivo del 01 de mayo de 1995, del RPMPD administrado entonces por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por la **COLFONDOS S.A.**:

Hora de la consulta : 12:10:29 PM

Afiliado: CC 16690295 CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16690295							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-04-21	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1995-05-01	1999-09-30
Traslado de AFP	1999-08-10	2004/04/16	PORVENIR	COLFONDOS		1999-10-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16690295					
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-04-21	1996-06-13	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1999-08-10	2002-01-14	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
1999-10-04	1999-10-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	COLFONDOS

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

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

Examinado el caudal probatorio recaudado y los argumentos de la defensa, **COLFONDOS S.A.** no consigue desvirtuar la tesis planteada por su contraparte, toda vez que, no se logra acreditar el cumplimiento del deber de información para con el demandante, bajo los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la materia, del interrogatorio de parte no se extrae confesión alguna del señor **FANDIÑO AREVALO** para rebatir la ausencia del deber de información, además no se certificó el consentimiento informado del mismo frente al traslado, lo que deviene la declaratoria de ineficacia rogada y de contera el posterior traslado dentro del



RAIS, de ahí que, habrá de modificarse el fallo para precisar el acto declarado ineficaz y posterior.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

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

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

En ese orden de ideas, revisado el fallo de primer grado, se impone adicionar y precisar que la restitución de los rubros debe darse con destino a **COLPENSIONES**, además de los recursos omitidos para su restitución a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, tales como, saldo de cuentas de rezago si los hubiere y la devolución de las cotizaciones voluntarias si se hubieren efectuado.

De otro lado, se revocará de oficio las sumas adicionales de la aseguradora, pues no se acredita la configuración de los riesgos asumidos por el contrato de seguro previsional, que implique la devolución de la suma adicional para financiar la prestación de invalidez o sobrevivencia.

En cuanto a la indexación de los rubros a trasladar, se dispondrá su revocatoria y se optará por la devolución con rendimientos, toda vez que, con estos últimos



compensa la degradación de los valores, además, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 prevé que el RAIS “(...) *está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros*”, y debía garantizar una rentabilidad mínima. Tal es, la dinámica económica prevalente en el Sistema de Seguridad Social para conservación de los recursos.

Con el fin de garantizar la seguridad y estabilidad jurídica del fallo, el cual que no puede quedar limitado o sometido al querer de la parte pasiva para su materialización, se determinara como término para el traslado de los recursos, 30 días posteriores a la ejecutoria de la sentencia, debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

La decisión de la Sala tiene su génesis en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia, respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule expresamente los efectos económicos de la ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993, como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL 2946-2021⁷, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común de naturaleza pública.

⁷ “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).



Prescripción

Las acciones de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen son imprescriptibles, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción, adicionalmente al tratarse de una pretensión declarativa conexas a los derechos asistenciales del afiliado artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción⁸, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

Costas Procesales

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

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

⁸ CSJ - SL2946-2021 "En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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



Respecto de solicitud de **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** para imponer condena en costas a cargo de **COLFONDOS S.A.**, debido a la no prosperidad del llamado en garantía, la misma resulta procedente, toda vez que, el llamado en garantía concurre al proceso para defenderse de una pretensiones que ha sido formulada en su contra las cuales se formulan a través de una demanda (art.65 CGP), pretensión en cuya virtud se le está convocando a la litis para que asuma en este caso, de manera total la restitución de las primas de seguros previsionales, lo que objetivamente le impone plantear medios de defensa en contra de la demanda y el llamado, haciéndola una parte dentro del proceso, amén de que, como parte a COLFONDO no le prosperaron sus pretensiones del llamado, por tanto es parte vencida en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, por lo tanto, se adicionará el numeral respectivo y se condenará a COLFONDOS S.A. en costas de primera instancia, las cuales se fijarán por el A quo..

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

Finalmente, descrito el traslado de rigor, las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se le da respuesta a los mismos.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, del RPMPD administrado en otrora por Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado por la AFP **COLFONDOS** el 1 de mayo de 1995 y



el traslado realizado dentro del RAIS con **PORVENIR S.A.**, el cual data del 01 de octubre de 1999.

- **CONFIRMAR dicho numeral en lo demás.**

SEGUNDO: Del numeral Tercero de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali:

- **REVOCAR** la indexación y las sumas adicionales de la aseguradora, y en su lugar, **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** trasladar los rubros con sus respectivos rendimientos.
- **ADICIONAR dicho numeral en el sentido de:**

CONDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.** para que, dentro del término de 30 días posteriores a la ejecutoria del presente proveído, traslade con destino a **COLPENSIONES**, los rubros dispuestos por el A quo, junto con el saldo de cuentas de rezago si los hubiere, recursos debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.** para devolver al señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, las cotizaciones voluntarias si se hubieren efectuado.

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

TERCERO: Del numeral Cuarto de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali:

- **REVOCAR** la indexación, y en su lugar, **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** trasladar los rubros con sus respectivos rendimientos.
- **ADICIONAR dicho numeral en el sentido de:**

CONDENAR a la AFP **COLFONDOS S.A.** para que, dentro del término de 30 días posteriores a la ejecutoria del presente proveído, traslade con destino a **COLPENSIONES**, los rubros dispuestos por el A quo, junto el saldo de



cuentas de rezago si los hubiere, recursos debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CONDENAR a la AFP **COLFONDOS S.A.** para devolver al señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**, las cotizaciones voluntarias si se hubieren efectuado.

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

CUARTO: ADICIONAR al numeral Quinto de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** para que, dentro del término de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del señor **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

QUINTO: ADICIONAR al numeral Séptimo de la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a la AFP **COLFONDOS S.A.** al pago de costas y agencias en derecho de primera instancia, en favor de **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, las cuales serán tasadas por el A quo en su correspondiente oportunidad.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia N° 043 del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali.

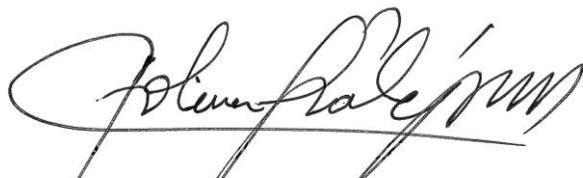
SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte pasiva **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, como agencias en derecho se le impone a cada una la suma de \$2.000.000, en favor de la parte activa **CARLOS ALBERTO FANDIÑO AREVALO**.

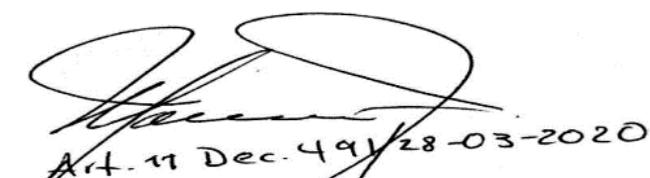


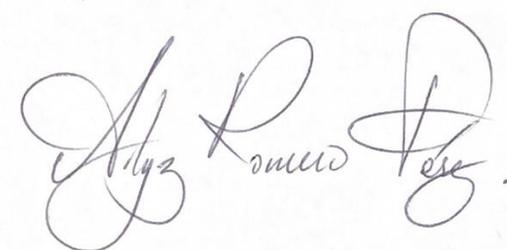
OCTAVO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse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

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente


Art. 11 Dec. 49/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala


ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala
Con salvamento parcial de voto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **d910efc807c3aed20007f246713b7e1edd9d5914140843671f5385966d752062**

Documento generado en 30/04/2024 11:01:23 a. m.

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



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Proceso **Ordinario**
Demandante **Carlos Alberto Fandiño Arevalo**
Demandado **Colpensiones y otros**
Radicación **760013105-001-2023-00442-01**
M. Ponente **Carlos Alberto Oliver Galé**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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

Tal y como se explicó ampliamente en la providencia, la ineficacia de la afiliación se suscita por la omisión del deber de información a cargo de la SAFF que, por tratarse de un requisito de la esencia del acto, según lo dispuesto en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, su incumplimiento conlleva a que la afiliación no produzca efectos jurídicos o lo que es lo mismo, se entienda que jamás ocurrió, retrotrayendo las cosas al estado inicial. Para ello, se acude a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil que, refiere a los efectos de la

* Sociedad administradora de fondos de pensiones

nulidad de los actos y contratos, aplicable a los casos de ineficacia de la afiliación ante el vacío legal existente en las normas laborales. Así reza la norma en comento:

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

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

Es por lo que, ante el retorno al régimen de prima media, lo que procede es ordenar a las SAFP el traslado con destino a Colpensiones de las cotizaciones, los bonos pensionales y rezagos (en caso de que aplique), los aportes voluntarios (los cuales deben restituirse al afiliado cotizante) y en general de todos los saldos obrante en la cuenta de ahorro pensional con sus respectivos rendimientos financieros; pues son estos los rubros que producen tales dividendos. En cuanto a los dineros descontados al cotizante por gastos de administración, comisiones y aquellos que fueron dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, al fondo de solidaridad pensional, a seguros previsionales y reaseguros lo lógico es ordenar que se transfieran a Colpensiones debidamente indexados, pues como bien se sabe, sobre estos conceptos las SAFP no recibieron rendimientos, pues no fueron propiamente administrados por ellas sino destinados a sufragar costos operacionales y a terceros por así disponerlo la ley. En la carta circular #46 de julio de 2023 la Superintendencia Financiera de Colombia ilustra suficientemente la situación descrita:

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

FONDO	COMISION DE ADMINISTRACION POR APORTES OBLIGATORIOS	SEGUROS PREVISIONALES	FONDO DE GARANTIA DE PENSION MINIMA	PORCENTAJE ABONADO EN LA CUENTA INDIVIDUAL	TOTAL COTIZACION (1)
PORVENIR	0.53%	2.47%	1.50%	11.50%	16.00%
COLFONDOS	0.93%	2.07%	1.50%	11.50%	16.00%
PROTECCION	0.47%	2.53%	1.50%	11.50%	16.00%
SKANDIA	2.05%	0.95%	1.50%	11.50%	16.00%
PROMEDIO (2)	0.62%	2.38%	1.50%	11.50%	16.00%

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

El artículo 9° del Decreto en cita dispone:

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

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

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

1. (...).

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones

voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

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

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

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

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

Así para concluir, debe dejarse claro que concuerdo con la mayoría de la Sala en que la ineficacia de la afiliación acarrea que las SAFP deban trasladar los saldos de la cuenta de ahorro pensional, los bonos pensionales del caso, los aportes

voluntarios y rezago junto con sus rendimientos; pero discrepo en que se ordene restituir rendimientos sobre los demás conceptos (gastos de administración, comisiones, valores destinados a fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, seguros previsionales y reaseguros) pues estos no reportaron rentabilidad, utilidad o ganancia alguna a las SAFP, de lo que sigue que deban devolverse de manera indexada.

Finalmente, también me aparto del razonamiento de la Sala frente a la inutilidad del interrogatorio de parte para demostrar el cumplimiento al deber de información, pues como bien se sabe en materia laboral aplica el principio de libertad probatoria descrito en el artículo 51 del estatuto procesal del trabajo, de manera que esgrimir que esta prueba no aporta a la resolución de la *litis* limita la actividad probatoria de las partes en una forma no prevista en el ordenamiento jurídico. Además, considero que la finalidad del interrogatorio de parte no es otra más que obtener la confesión de la contraparte, medio probatorio totalmente válido y útil para este tipo de asuntos.

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

Fecha *ut supra*


ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada