



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

Santiago de Cali, cuatro (4) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA N° 053
Acta de Decisión N° 020**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de los Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 204 del 20 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, siendo integrada como litisconsorte necesario por pasiva **COLFONDOS S.A.** y llamada en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-016-2019-00704-02.

ANTECEDENTES

Las pretensiones formuladas por el demandante, por conducto de apoderado judicial, están orientadas a que, se declare la nulidad del traslado efectuado el 18/10/1994, del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez recibir, los valores depositados en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos; se ordene a **COLPENSIONES** realizar calculo actuarial para establecer la diferencia de lo ahorrado entre regímenes; se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.



En sustento de sus pretensiones, relata el libelo gestor respecto del demandante que, nació el 20/09/1955, por ende, a la fecha cuenta con 68 años; que efectuó cotizaciones a pensión ante el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 23/02/1981; que luego se trasladó a **PORVENIR S.A.**, el 01/11/1994.

Refiere que, los asesores le indicaron que tendría una mejor pensión, posibilidad de pensionarse en cualquier tiempo y con el monto que deseara, no obstante, aduce que, no se le realizó cálculos, proyecciones de pensión ni se le indicó las ventajas y desventajas de cada régimen.

Relata que, elevó solicitud de nulidad de traslado ante **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, sin embargo, las entidades se negaron.

REPLICAS

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, son ciertos del 1° al 3°, 6°, 14° y 15°, respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN”**.

PORVENIR S.A. de los hechos del libelo señala que, son ciertos el 1°, 3° y del 10° al 13°, en cuanto a los demás alude que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y presentó las excepciones de fondo: **“PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE”**.

COLFONDOS S.A. de los supuestos facticos indica que, es cierto el 1° y respecto de los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de fondo que denominó: **“VALIDEZ DE AFILIACIÓN A COLFONDOS S.A.; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADAR LOS VALORES DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES AL**



HABER SIDO TRASLADADOS A PORVENIR S.A.; 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; NECESIDAD DE VINCULACIÓN DE LA ASEGURADORA CON LA QUE COLFONDOS S.A. HA SUSCRITO CONTRATOS DE SEGURO PREVISIONAL DESDE EL AÑO 1994 HASTA LA FECHA, COMO LLAMADAS EN GARANTÍA; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA”.

Por otro lado, **COLFONDOS S.A.** formula llamado en garantía en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, en razón de que: “... teniendo en cuenta que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en cumplimiento de su obligación legal, celebró con AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A, un contrato de seguro previsional destinado a amparar los riesgos de vejez, invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones (entre ellos el Demandante), es evidente que en caso de que en la sentencia que ponga fin a este proceso se condene a devolver la prima pagada como contraprestación legal por ese seguro, la entidad llamada a realizar esa devolución es la aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A, que fue la que recibió la prima pagada por mi representada y, justamente, esa es la causa que justifica el presente llamado en garantía.”

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. de los hechos de la demanda indica que, es cierto el 1°, respecto del resto señala que no le consta. Se opone a la prosperidad de las pretensiones y presenta las excepciones: “INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE IMPLIQUE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD EN FAVOR DEL DEMANDANTE; CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES POR PARTE DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. PARA LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE; LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA ENTIDAD QUE FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y LA GENÉRICA O INNOMINADA”.

Frente a los supuestos facticos del llamamiento aduce que, es parcialmente cierto el F, en cuanto a los demás refiere que son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones: “IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIÓN DE PRIMA A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE SEGURO; IMPROCEDENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN A CARGO DE AXA



COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.; NO PROCEDE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR FALTA DE COHERENCIA ENTRE EL OBJETO DEL LITIGIO Y LOS RIESGOS ASUMIDOS EN EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA FORMULAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y LA GENÉRICA O INNOMINADA”

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 204 del 20 de noviembre de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. se absuelve a AXA COLPATRIA.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante con PORVENIR S.A., COLFONDOS.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Tásense como agencias en derecho para cada uno el valor de \$1'500.000 Inclúyase por la secretaría del Juzgado. Las costas serán pagadas en partes iguales por los demandados.

SEXTO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional por ser adversa a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandada, **COLPENSIONES**, a través de su mandatario judicial solicita que, respecto de su defendida le sean trasladados de manera discriminada los recursos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, rendimientos financieros, anulación de bonos pensionales, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a los recursos del fondo privado, de conformidad con el precedente jurisprudencial.



La parte demandada, **COLFONDOS S.A.**, mediante su mandataria judicial solicita se revoque en su integridad el fallo, toda vez que, el demandante ejerció su derecho de elección de régimen de manera libre y voluntaria; que el traslado cumplió con las exigencias legales conforme al formulario de vinculación; que el personal del fondo si suministró la información debida al demandante; además, el actor podía conocer las normas y asesorarse si así lo considerada; que los cambios jurisprudenciales y normativos no pueden aplicársele retroactivamente a los fondos. Informa que, la devolución de los gastos administración descapitalizaría el fondo, además retrotraer todo a su estado anterior implicaría devolver los aportes sin sus rendimientos; que, de haber permanecido en el RPMPD, al demandante se le hubiera cobrado la cuota de administración; que, frente a las primas, aduce que no fueron discutidos en el proceso, por lo que devolverlos resulta improcedente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

El presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta respecto de **COLPENSIONES** por ser adversa a la entidad y de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Objeto de la Consulta y Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado **PORVENIR S.A.**, y de contera los posteriores traslados dentro de este último régimen con **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

En consecuencia, establecer si es procedente el retorno del demandante al RPMPD administrado actualmente por **COLPENSIONES**, junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, prescripción y costas procesales.



Marco Jurisprudencial y Normativo

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

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

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

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

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.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 entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento



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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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**¹ 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**² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo

¹ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

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

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

² ibidem

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



al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

En cuanto al **interrogatorio de parte**³ 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**⁴ 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.

³ 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.

⁴ 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.



Cuando se presentan **múltiples traslados**⁵ 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.

Aunado a lo anterior, es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, la Sala de Casación Laboral Permanente 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

⁵ 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.



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

Descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, el señor **CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA** expresa insuficiencia de información oportuna e integral al momento del traslado de régimen, el cual da cuenta el material probatorio recaudado, formularios de vinculación, se efectuó desde el RPMPD – ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS – **PORVENIR S.A.**, con fecha de solicitud del 18/10/1994:

		SOLICITUD DE VINCULACION		FECHA SOLICITUD ANO MES DIA 94 10 18		NUMERO 299587	
VINCULACION INICIAL ☐		AFP ANTERIOR		CIUDAD			
TRASLADO DE AFPs ☐		ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR		158-			
TRASLADO DE REGIMEN ☒							
INFORMACION DEL TRABAJADOR							
TIPO DE TRABAJADOR DEPENDIENTE ☒ INDEPENDIENTE ☐		NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD 161 546 163		T. G. C. E. NACIONALIDAD X COLOMBIANO		FECHA DE NACIMIENTO SS 09 10	
SEXO M ☒ F ☐		PRIMER APELLIDO CHAVEZ		SEGUNDO APELLIDO VARELA		PRIMER NOMBRE CARLOS	
						SEGUNDO NOMBRE ORLANDO	

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

Examinado el caudal probatorio recaudado, no se logra acreditar por parte de **PORVENIR S.A.**, el cumplimiento del deber de información para con el demandante bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de régimen, cabe destacar que, del interrogatorio de parte



no se extraen elementos de juicio que acrediten un consentimiento informado del demandante, por lo que hay lugar a la ineficacia deprecada, siendo preciso acotar que, dicha ineficacia afecta todos los traslados posteriores dentro del RAIS, por ende, habrá de modificarse el fallo en este sentido.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

Como la consecuencia de la ineficacia es la eliminación del traslado de régimen en el historial de movimientos y afiliaciones pensionales del señor **CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA**, es decir, retrotraer todo al estado inicial de afiliación del demandante con el RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES**, deviene en la obligación por parte de la AFP del RAIS transferir los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual con destino a **COLPENSIONES**, toda vez que, dichos recursos serán utilizados para la financiación de la eventual prestación pensional a que tenga derecho el demandante en el RPMPD, ello incluye, saldo de la cuenta, rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los recursos propios del fondo pensional que transgredió su deber de información.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia de traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, por lo tanto, el fondo del RAIS debe asumir el menoscabo del bien administrado, en razón de que, la ineficacia que se configura es la secuela de la conducta de la AFP al haber omitido brindar información adecuada, oportuna, clara, comparada y suficiente al afiliado al momento del traslado, por lo que no hay lugar a compensación alguna.

En cuanto a la indexación, no resulta procedente el pedimento, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de los recursos a trasladar debido a la inflación.

Se adicionará orden a cargo de **COLPENSIONES** de realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante, una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y



COLFONDOS S.A., en aras de evitar posteriormente trámites administrativos y judiciales.

En otro orden de ideas e inspeccionado el fallo de primer grado, se encuentra que los recursos objeto de traslado no fueron ordenados en concreto por el A quo, por tal razón, se adicionara los conceptos específicos por cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales si los hubiere y saldo de cuenta de rezago con cargo a su patrimonio, recursos que deberán trasladarse debidamente discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

PORVENIR S.A. y **COLFONDOS S.A.** deberán devolver las cotizaciones voluntarias de haberse hecho a la demandante.

Se fundamenta lo previamente resuelto 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 la temática de 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 SL2946-2021⁶, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

La pretensión de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible al tratarse de una pretensión declarativa de la cual emana derechos a la Seguridad Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, ello de conformidad con el artículo 48 de la Carta

⁶ "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).



Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción⁷, 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, por lo que 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, para lo cual solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables, por ende, analizado el asunto en cuestión se observa que **COLPENSIONES** se opuso y excepcionó la demanda, por lo que hay lugar a la condena preceptiva, de ahí que, se confirme la decisión en este aspecto puntual.

Costas en esta instancia a cargo del apelante infructuoso **COLFONDOS S.A.**

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos, acotando que, las consecuencias del artículo 77 del CPTSS, no suplen todos los requisitos que comporta el consentimiento informado en los términos de la jurisprudencia, amén de la asistencia del demandante a las audiencias.

⁷ 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).”



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° 204 del 20 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA**, del RPMPD administrado en otrora por el ISS hoy **COLPENSIONES**, hacia el RAIS regentado **PORVENIR S.A.**, cuya fecha de solicitud data del 18/10/1994.

Como resultado de lo anterior, se declara la ineficacia de los posteriores traslados suscritos dentro del RAIS y que fueren realizados con **PORVENIR S.A.** el 27/02/1998 y **COLFONDOS S.A.** el 20/07/2001.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia N° 204 del 20 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral del demandante en términos de semanas, una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

TERCERO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia N° 204 del 20 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, los conceptos por cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales si los hubiere, recursos que deberán trasladarse debidamente



discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

- **CONDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, los conceptos por gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y saldo de cuenta de rezago con cargo a su patrimonio, junto con sus rendimientos, recursos que deberán trasladarse debidamente discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.
- **CONDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** a devolver al demandante las cotizaciones voluntarias de haberse hecho.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial la Sentencia N° 204 del 20 de noviembre de 2023, emanada del Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, de conformidad con las consideraciones expuestas en la motiva de esta providencia.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte pasiva **COLFONDOS S.A.**, como agencias en derecho se le impone la suma de \$2.000.000, en favor de la parte activa **CARLOS ORLANDO CHAVEZ VARELA**.

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

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala

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: 243492a082edd29dc9bc712a3caf2b395e86de776337130f9a0310bca1829e3b

Documento generado en 04/03/2024 09:24:24 AM

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

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



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Proceso	Ordinario
Demandante	Carlos Orlando Chavez Varela
Demandado	Colpensiones y otros
Radicación	760013105-016-2019-00704-02
M. Ponente	Carlos Alberto Oliver Galé

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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

Tal y como se explicó ampliamente en la providencia, la ineficacia de la afiliación se suscita por la omisión del deber de información a cargo de la SAFP que, por tratarse de un requisito de la esencia del acto, según lo dispuesto en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo el numeral 1.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 la 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 disponerlos 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 la 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