

**REPÚBLICA DE COLOMBIA****TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL****ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós  
(2022).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001A

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **STL 311-2022 radicación No. 65420 del 19 de enero de 2022**, - la cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso No. 11001310500820170050101 que **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y otros** - se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

**SENTENCIA DE REEMPLAZO****I. ANTECEDENTES****1.1 Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

Como consecuencia de ello, solicita que se declare que siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a Porvenir S.A. efectuar a Colpensiones la devolución de todas las sumas de dinero que se encuentren en su cuenta individual de ahorro; y que Colpensiones admita dicho traslado y reactive la afiliación.

De manera subsidiaria depreca se declare inexistente el acto por el cual se trasladó al RAIS y como consecuencia de ello se declare que siempre ha permanecido en el RPM.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos:

**1)** Nació el 12 de marzo de 1957; **2)** Para abril de 1994 había superado los 35 años de edad; **3)** En el año 1999 se afilió a Porvenir S.A.; **4)** la AFP Porvenir S.A. no le hizo las advertencias de los riesgos del traslado de régimen, no le indicó que la pensión a obtener podría ser inferior a la que le pudiera corresponder en el RPM, tampoco le explicaron las distintas modalidades de pensión ni le advirtieron que el valor de la pensión dependía de la modalidad escogida, no le explicaron cómo funciona financieramente el fondo privado, ni qué era un bono pensional, ni el derecho que tenía de retractarse del traslado; **5)** La engañaron al indicarle que en el RAIS la condición pensional sería más ventajosa, que podía aspirar a una pensión anticipada y que el RPM desaparecería; **6)** Presentó ante las hoy demandadas la solicitud de nulidad de la afiliación el 29 de junio 2017.

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

## 1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 112 a 124 y 177 a 187) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

Adujo, que la afiliación efectuada por la demandante tiene plena validez y legalidad pues no se probó por su parte alguna de las causales de nulidad – vicios del consentimiento- que conlleve a la declaratoria de nulidad de dicho acto.

Indicó que con los hechos de la demanda la actora, confesó que se afilió a Porvenir lo cual evidencia su intención y voluntad de trasladarse a dicho fondo, máxime cuando duró 20 años realizando aportes fijos a diferentes fondos privados.

**PORVENIR S.A.** (fls. 134 a 174), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Adujo, en síntesis, que la solicitud presentada por la actora es improcedente, por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento por ella expresado al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esa AFP, máxime cuando están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen realizada por la actora.

Precisó que en este caso, la demandante, después de la correspondiente asesoría, diligenció la solicitud de vinculación o

traslado el día 13 de agosto de 1999, fecha en la cual se afilió a Porvenir S.A.

Concluyó indicando que, en este asunto, no pueden ser aplicadas las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones, pues los supuestos son diferentes.

### **1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La A quo dictó sentencia **CONDENATORIA**, en la que declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, ocurrida el 13 de agosto de 1999 y en consecuencia, ordenó a Colpensiones a admitir el traslado de la accionante, a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos causados y los dineros descontados para sufragar seguros previsionales de invalidez y muerte, y dispuso que Colpensiones recibiera dichos valores y efectuara los respectivos ajustes en la historia pensional.

### **1.4. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **DEMANDANTE**

Interpuso recurso de apelación de manera parcial y sólo en lo que se refiere a la no condena en costas a Colpensiones, expresando que, conforme lo dispone el artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en este caso Colpensiones se resistió de manera activa, razón por la cual, ha de condenarse a dicha entidad al pago de costas procesales.

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

### **PORVENIR S.A.**

Expresó que dicha entidad no desconoce que tiene un deber de información, solamente que para el momento de la vinculación de la demandante, esto es el año 1999, no se exigía un requisito adicional por escrito aparte del formulario de vinculación que dejara como anexo la asesoría que se le brindara a la actora, pues la misma se dio y así como consta con la firma en el formulario la misma fue dada de manera verbal, razón por la cual no puede arrimar pruebas adicionales aparte del formulario ya que este era el documento escrito que existía para la época por lo que no se pueden aportar documentos adicionales ya que los mismos no existen con lo cual no se desconoce el deber de información que de manera verbal se le dio a la demandante para la mencionada época.

Refirió que no comparte el análisis jurisprudencial hecho por el juzgador como quiera que si bien la Corte se ha centrado en analizar estos aspectos es la intención que los aspectos fácticos y jurídicos encajen dentro de los procesos para poder aplicar una línea jurisprudencial, no comprender unos derechos adquiridos, no ser beneficiario del régimen de transición o tener expectativas legítimas, como ocurre con la demandante en este asunto, no permite aplicar dicha línea jurisprudencial; adicionalmente que al considerar el despacho que la carga de la prueba corresponde a la AFP independiente de si la demandante es no beneficiaria del régimen de transición conlleva a una desigualdad procesal como quiera que, reitera, no existen más medios probatorios aparte del formulario de vinculación.

Finalmente, indicó que se aparta de la consideración del juzgado de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición teniendo en cuenta que si bien el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fija unos requisitos, la sentencia SU 062-2010 indica que cuando los afiliados realicen el traslado al RAIS si al 01 de abril de 1994 no contaran con las 750 semanas de

cotización no eran beneficiarios del régimen de transición así contarán con la edad de los 35 años, con lo que es evidente que la aquí demandante no es beneficiaria de dicho régimen.

### **1.5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

El 21 de agosto de 2019, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió:

**“PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación y con ello, se absuelve a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas.”

## **II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

La parte demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 65420 STL 311-2022, dentro de la cual, se profirió fallo el 19 de enero de 2022, en el que se dispuso:

**“PRIMERO:** Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de Socorro del Carmen Aguas Pineda.

**SEGUNDO:** Dejar sin efecto la sentencia de 21 de agosto de 2019, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parten motiva de este proveído.

**TERCERO:** Exhortar a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente. (...)”

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 1° de febrero del año que avanza, se obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso<sup>1</sup> y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes por el término de 5 días a cada una, iniciando por la parte apelante, para que expusieran sus alegaciones.

Dicho término fue utilizado por la parte demandante y por Colpensiones, quienes ratificaron sus argumentos.

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **De la ineficacia del traslado**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la

---

<sup>1</sup> Lo anterior, por cuanto la magistrada ponente no fue quien escuchó los alegatos de segunda instancia dado que entró en posesión del cargo el pasado 19 de marzo de 2021.

información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, 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 pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado  
(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, 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 grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.”

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a l. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos**, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente la Alta coporación al referirse a una eventual **descapitalización del fondo y afectación al principio de sostenibilidad financiera**, explicó que ( SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019):

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la

pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

#### IV. EL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por la otrora Cajanal (fls. 26 a 31) el 03/11/1994, afiliándose posteriormente al ISS (hoy Colpensiones) el 01/04/1997 (fls. 34 a 36 y 116 a 118); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 13/08/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 25 y 145); y **iii)** solicitó a Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 29/06/2017 (fls. 65 a 67), no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad. Lo mismo ocurrió con Porvenir S.A., ante quien presentó solicitud de anulación del traslado, en la misma data, petición que fue negada por esa entidad (Fl. 72)

Pues bien. En el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala comparte la decisión del A Quo, aunque deberá MODIFICARSE ~~considera que la decisión de la A Quo debe ser modificada,~~ en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación de la actora y no su nulidad. Lo anterior por Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que cuanto la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, 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), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Es por ello que ha de **modificarse** la decisión de la A Quo, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad,

pues, conforme la jurisprudencia en cita, casos como el que hoy nos ocupa, deben estudiarse bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que la demandante prueba la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la actora pruebe el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

~~lo siguiente:~~

Precisado lo anterior se observa el material probatorio, encontrando, a A folios 25 y 145 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 13 de agosto de 1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>2</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Porvenir S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, por lo que, en tal sentido, deben despacharse desfavorablemente los argumentos de la AFP PORVENIR, dado que no es cierto que la prueba del deber de

<sup>2</sup> Según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado* SL 4426-2019 Radicación No. 79167.7,

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

información se agote en el formulario de afiliación, pues claro ha quedado que -

~~Al respecto, ha de indicarse que no es de recibo el argumento presentado por Porvenir S.A. al momento de sustentar su apelación, pues si bien para la fecha en que la demandante se afilió a esa AFP no era obligación dejar documento distinto al formulario de afiliación que probara la información dada a la afiliada, no es menos cierto que el cumplimiento del deber de información dicha obligación pudo haberse demostrado con cualquiera de los otros medios probatorios consagrados en la legislación, como en antecedencia precedencia se dijo.~~

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 13 de agosto de 1999, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

~~Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del~~

~~consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada  
SL 1688-2019:~~

~~“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, 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), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.”~~

~~Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.~~

~~Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.~~

~~La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de equilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.~~

~~Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”~~

~~Es por ello que ha de **modificarse** la decisión de la A Quo, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, pues, conforme la jurisprudencia en cita, casos como el que hoy~~

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

~~nos ocupa, deben estudiarse bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la actora pruebe el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.~~

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado, deben devolverse todos los valores recibidos por la AFP PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

~~Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.~~

~~(...)~~

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones,

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Con base en las consideraciones que anteceden, no es mucho lo que hay que agregar a la sentencia de primera instancia por cuanto es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **en virtud a la consulta** que se surte a favor de Colpensiones se **ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., además de lo ordenado en la sentencia, la devolución de los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a la exoneración de costas de Colpensiones, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, acertada resulta la decisión de primer grado en el sentido de no condenar por este concepto a esa entidad, ya que esta resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso a la afiliada como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101  
Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**  
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Por lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

**V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., al haber sido vencida en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, atendiendo las mismas consideraciones expuestas en ~~antecedencia~~ precedencia.

**VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E**

**PRIMERO. - MODIFICAR** la sentencia de primer grado, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la demandante al RAIS el 13 de agosto de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A. y no su nulidad, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con

Código Único de Identificación: 11001310500820170050101

Demandante: **SOCORRO DEL CARMEN AGUAS PINEDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

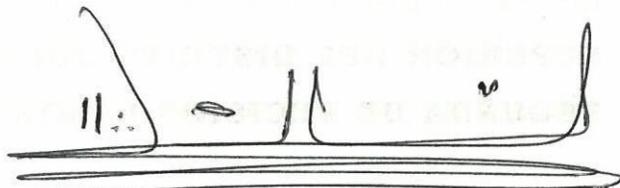
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



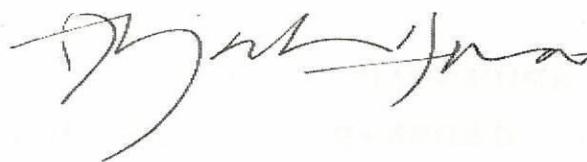
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001A

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **STP 16530-2021 radicación No. 120547 del 18 de noviembre de 2021**, notificada a este despacho el 16 de diciembre del año inmediatamente anterior, - la cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso No. 11001310502020180049701 que **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y otra - se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

**SENTENCIA DE REEMPLAZO****I. ANTECEDENTES****1.1 Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

Como consecuencia de ello, solicita que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar los aportes realizados y sus rendimientos, y que Colpensiones admita dicho traslado.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Nació el 18 de julio de 1955; 2) Realizó su afiliación a Colpensiones el 01 de junio de 1978; 3) A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 38 años y 15 años cotizados; 4) Para la fecha de expedición de la Ley 100 tenía una expectativa legítima de acceder a su status pensional; 5) Fue inducido en engaños por parte de Colfondos con la promesa de que su mesada pensional sería superior a la que le correspondería en el RPM; 6) En 1998 sin tener conocimiento de los beneficios y desventajas del RAIS realizó el traslado de sus aportes de Colpensiones a Colfondos; y 7) Se encuentra en edad para reclamar la pensión sin embargo, de hacer, sufriría un perjuicio real en su derecho.

## I.2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 61 a 88) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Adujo que, conforme las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A.

Precisó, que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento pensional debido a que no cuenta con los 15 años de

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701  
Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**  
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

cotizaciones para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no se acreditan los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición.

Finalizó mencionando que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Colfondos S.A., es decir no existió injerencia alguna por parte de esa entidad para que el actor tomara la decisión de trasladarse.

**COLFONDOS S.A.** (fls. 106 a 119), se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

Señaló, que esa entidad entregó información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos el monto eventual de su pensión, de manera verbal, con el fin de que el mismo tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de cada uno de estos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Indicó que para el efecto el demandante suscribió el formulario de afiliación el 08 de agosto de 1998, mediante el cual solicitó su traslado de régimen, el cual se ajusta a la Ley y contiene la información por esta requerida y en el que expresó su voluntad, con lo que su ingreso al RAIS cumplió las exigencias legales para tal fin, de suerte que el negocio jurídico celebrado confluyeron todos los elementos requeridos para su validez y existencia.

Finalmente, indicó que cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita, conforme el artículo 1750 del CC pues se encontraba prescrito el término de 4 años con el que contaba el demandante a efectos de reclamar sobre el particular, así como el término de 3 años de prescripción de las acciones laborales.

### **1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El A quo dictó sentencia **CONDENATORIA**, en la que declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ocurrida el 8 de agosto de 1998 y en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados y declaró a Colpensiones como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

#### **1.4. RECURSO DE APELACIÓN**

##### **COLPENSIONES**

Adujo que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen para aquellos afiliados a los que les falten 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse, por lo que en aplicación a dicha disposición Colpensiones no puede tener por afiliado al señor Lancheros y tampoco recibir las cotizaciones que el mismo hizo en el RAIS, siendo importante señalar que no contaba con los 15 años de servicios al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para no aplicar dicha prohibición.

Solicitó tener en cuenta la sentencia SL 10825 con radicado 47528 M.P. Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la cual se declaró que en estos casos únicamente procedía la declaratoria de nulidad de la afiliación por omisión de la información cuando la persona fuere beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta que ello no se da en el presente asunto.

Adujo que el demandante también tenía un deber de información el cual no cumplió ya que en el interrogatorio de parte por él rendido manifestó que nunca se acercó a las instalaciones del entonces ISS para confirmar la información que se le brindó en la asesoría.

Frente a la condena en costas, solicitó se absuelva a dicha entidad, como quiera que la misma no tuvo injerencia alguna en el

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701  
Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**  
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

traslado efectuado por el demandante y que la oposición se hizo en aplicación a las disposiciones legales.

### 1.5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El 10 de septiembre de 2019, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió:

**“PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar se declara probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación y con ello, se absuelve a las convocadas de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante a favor de las demandadas.”

## II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La parte demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 120547 STP 16530-2021, dentro de la cual, se profirió fallo el 18 de noviembre de 2021, notificado el 16 de diciembre del mismo año, en el que se dispuso:

**“PRIMERO:** Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de Héctor Alfonso Lancheros Fúquene.

**SEGUNDO:** Dejar sin efectos la sentencia de 10 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral No. 002 2018 00497 01, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO:** Negar las demás pretensiones de la demanda. (...)”

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 17 de enero de 2022 se dispuso oficiar a la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para que remitiera el expediente de la referencia. Posteriormente, allegado a este despacho, por auto del 1° de febrero del año que avanza, se obedeció y cumplió lo resuelto por

el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso<sup>1</sup> y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes, para que expusieran sus alegaciones.

Dicho término fue utilizado por la demandada Colpensiones, quién ratificó sus argumentos.

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **De la ineficacia del traslado**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

---

<sup>1</sup> Lo anterior, por cuanto la magistrada ponente no fue quien escuchó los alegatos de segunda instancia dado que entró en posesión del cargo el pasado 19 de marzo de 2021.

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de

traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:**

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, 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 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado  
(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento.

En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, 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 grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos**, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente y en cuanto a una eventual **descapitalización del fondo y afectación al principio de sostenibilidad financiera**, la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 dijo:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del

régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

#### IV. EL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: i) se afilió al RPMPD administrado en su momento por el otrora ISS (hoy Colpensiones) el 01/06/1978 (fls. 13 a 14, 75 y 77 a 81); ii) solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 08/08/1998 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 113); y iii) solicitó a Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 15/11/2018 (fls. 75), no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

Pues bien. ~~DEn~~ el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala ~~considera que la decisión de la A Quo debe ser modificada, en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación del actor y no su nulidad. Lo anterior por lo siguiente:~~

comparte la decisión del A Quo, aunque deberá MODIFICARSE, en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación de la actora y

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

no su nulidad. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, 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), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte

interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Es por ello que ha de modificarse la decisión de la A Quo, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, pues, conforme la jurisprudencia en cita, casos como el que hoy nos ocupa, deben estudiarse bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que la demandante prueba la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la actora pruebe el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Precisado lo anterior se observa el material probatorio, encontrando, a

A folio 113 del plenario se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 08 de agosto de 1998 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.<sup>2</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado COLFONDOS S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, por lo que, en tal sentido, deben despacharse desfavorablemente los argumentos de la AFP, dado que no es cierto que la prueba del deber de información se agote en el formulario de afiliación, pues claro ha quedado que el cumplimiento del deber de información pudo haberse demostrado con cualquiera de

---

<sup>2</sup> Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

los otros medios probatorios consagrados en la legislación, como en precedencia se dijo.

~~el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."<sup>2</sup>~~

~~Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Colfondos S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.~~

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado del accionante, esto es 08 de agosto de 1998, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Colfondos S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese

---

<sup>2</sup>SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

~~Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:~~

~~“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, 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), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.~~

~~Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.~~

~~Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.~~

~~La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.~~

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

~~Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”~~

~~Es por ello que ha de **modificarse** la decisión de la A Quo, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, pues, conforme la jurisprudencia en cita, casos como el que hoy nos ocupa, deben estudiarse bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que la demandante prueba la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la actora pruebe el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.~~

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado, deben devolverse todos los valores recibidos por la AFP COLFONDOS S.A., **incluyendo los gastos de administración y seguros previsionales**, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su

propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Con base en las consideraciones que anteceden, no es mucho lo que hay que agregar a la sentencia de primera instancia por cuanto es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **en virtud a la consulta** que se surte a favor de Colpensiones se **ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., además de lo ordenado en la sentencia, la devolución de los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación, por ello, no es de recibo el argumento presentado por la apelante en tal sentido.

Ahora bien, Colpensiones arguye al sustentar su recurso, que el demandante también tenía un deber de informarse, lo cual, si bien es cierto, ~~ello~~ no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando que la información que se hecha de menos se encuentra contenida en la ley y que su desconocimiento no puede servir de excusa, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701

Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

*pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a la exoneración de costas de Colpensiones, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, acertado resulta el argumento presentado por su apoderado, por lo que se **revocará** la sentencia en tal sentido, ya que Colpensiones resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad. Por ello, se absolverá de la condena en costas impuesta a esta entidad.

Por lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

#### **V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la AFP COLFONDOS S.A., al haber sido vencida en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, atendiendo las mismas consideraciones expuestas en antecedencia.

#### **VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE  
DECISIÓN LABORAL,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. – MODIFICAR** la sentencia de primer grado, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por el demandante al RAIS el 08 de agosto de 1998 a través de la AFP Colfondos S.A. y no su nulidad, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO.- REVOCAR** la condena en costas impuesta a Colpensiones. En su lugar se absuelve a dicha entidad del pago de estos emolumentos.

**CUARTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

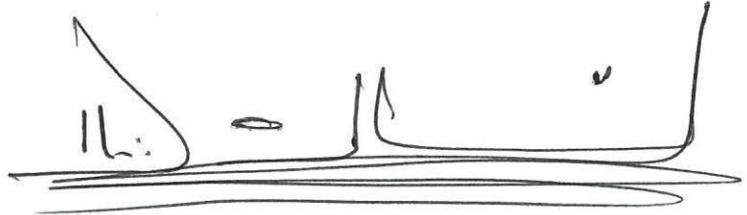


**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310502020180049701  
Demandante: **HÉCTOR ALFONSO LANCHEROS FÚQUENE**  
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de COLFONDOS S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**