

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A., el 01 de noviembre de 1994.

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los aportes realizados por el demandante, junto con sus respectivos rendimientos; y a esta última a aceptar el traslado y recibir los dineros antes señalados.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (Archivo 13 a 15), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 17), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la ineficacia del traslado realizado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 1° de noviembre de 1994. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos, gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado de los aportes pensionales, valores que deben ser indexados; y a esta última a recibir al demandante sin solución de continuidad. Condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES afirmó, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, además, no demostró la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado; solicitó la aplicación del artículo 167 del CGP e indicó que no es procedente un eventual reconocimiento pensional al no conocerse la situación actual del demandante.

Solicitó que, en caso de confirmar la sentencia, se garantice el reintegro de la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, cotizaciones, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, primas en la cuenta individual y que no se le permita a Porvenir descontar suma alguna de dinero por concepto de seguros de invalidez o muerte y se ordene la indexación de los valores trasladados. Y finalmente, solicitó que no se condene en costas a esta entidad, ya que es un tercero ajeno al traslado de régimen efectuado por el demandante.

PORVENIR S.A., argumentó que, el demandante recibió la información necesaria, clara y suficiente para el año 1994, fecha de traslado y para la cual se encontraba desarrollada la primera

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

etapa del deber de información, en la cual Porvenir S.A. cumplió con esa carga que le fue impuesta, que al demandante se le entregó una información de manera verbal respecto de las características básicas del RAIS y no se puede hablar de entregar una información más allá de la establecida en la legislación al momento del traslado ni tampoco capacitar a cada uno de los potenciales afiliados y volverlos expertos en la materia, pues resulta improcedente delegar tal responsabilidad en esa AFP, especialmente cuando el sistema pensional resulta ser de alta complejidad, además, -dice-, Porvenir S.A. no solo le entregó información al momento en que se trasladó de régimen pensional sino a lo largo de los años que ha estado afiliado, manteniendo al demandante al tanto de sus condiciones pensionales.

Advirtió que no se le dio valor probatorio a las declaraciones del demandante en su interrogatorio de parte ya que allí confiesa conocer las características del RAIS a través de la asesoría que le dio el funcionario comercial de Porvenir S.A., además, la AFP allegó las documentales con las que cuenta, esto es el formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso ni desconocido por la parte demandante y el cual da fe de la voluntad de afiliación.

Así mismo, que se aparta de la condena respecto de la devolución conjunta de rendimientos financieros junto con gastos de administración y primas por seguros previsionales debidamente indexadas, teniendo en cuenta que la figura jurídica de la ineficacia contempla que las cosas se deban retrotraer a su estado inicial, con lo que es claro que el negocio jurídico no se realizó, por lo tanto, el demandante no podría beneficiarse de una característica privativa del RAIS, lo que señaló la sentencia 3209 del año 2018 de la Corte Suprema de Justicia, además, los gastos de administración, y que las sumas por seguros previsionales se encuentran contempladas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y estas no van directamente destinadas a la financiación de la pensión, sino que son unos

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

costos en los cuales incurren no solo las AFP del RAIS sino que también Colpensiones incurre en este tipo de gastos.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las demandadas, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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 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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS – hoy Colpensiones- el 24/06/1980 (fl. 30 archivo 01 y carpetas 14 y 15); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/10/1994 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 67 y 72 archivo 17); **iii)** el día 21/09/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 17 a 21 archivo 01 y carpeta 15).

Pues bien, a folio 37 del archivo 17 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 31/10/1994 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 (1) y tampoco fue

¹ 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: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

probado que dicha información se le hubiere brindado al actor de manera verbal, como lo señaló Porvenir S.A. en su recurso.

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 la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso 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; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que el formulario de afiliación no fue tachado de falso o desconocido por el demandante y que en este se plasma la voluntad del afiliado y su consentimiento – lo que adujo también Colpensiones en su recurso-, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de que este no se hubiere tachado de falso o plasme el consentimiento y la autonomía de la voluntad del afiliado, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley

100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

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, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 31 de octubre del año 1994, recordando que existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras, lo que da al traste con los argumentos expuestos por Porvenir S.A. en su recurso.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, citado por Colpensiones en su recurso, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información suficiente, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la citada AFP, sin que sea relevante que el demandante haya contado con información adicional de maneta posterior, como lo pretende Porvenir S.A. al sustentar su recurso, pues tal

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

obligación debió acreditarse al momento del traslado y no después.

De otro lado, atendiendo lo argüido por Colpensiones en su recurso, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario 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.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Céspedes Martínez en el traslado que este realizó en el mes de octubre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que el actor demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es,

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada encuentra la decisión de primer grado en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. 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 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

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901

Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues se extracta de la sentencia SL3464-2019 antes transcrita, que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 solicitud de Colpensiones de no condenarla en costas es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, 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, en la medida en que esa entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional del demandante, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió y no es imputable a acción u omisión alguna de su parte, únicamente fue llamada al proceso por cuanto le corresponde soportar las consecuencias de la declaratoria pretendida y por ello en el punto ha de confirmarse la decisión del A Quo.

Las Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11001310500720200044901
Demandante: JOSÉ GABRIEL CÉSPEDES RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: José Gabriel Céspedes Ramírez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2020-00449-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **94fe1c4680bf8700dfb02b78dd12014ce71765029c74b43ab54757839a665540**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:35 PM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310501020190039601
Demandante: MARITZA MORA GUERRERO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARITZA MORA GUERRERO** promoviese contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de Colfondos S.A. el 12 de octubre de 1994.

Código Único de Identificación: 11001310501020190039601
Demandante: MARITZA MORA GUERRERO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A., restituir a Colpensiones todos los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, todos los rendimientos causados, así como cualquier otro concepto recibido por Colfondos S.A. por la afiliación de la demandante, así como el pago de los perjuicios morales a ella ocasionados; y a esta última a recibir a la actora como afiliada y los dineros antes mencionados.

De manera subsidiaria solicita se declare la ineficacia e inoperancia del mentado traslado.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (Fls. 136 a 141 Carpeta C001 Archivo 13), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Archivos 01 y 02), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias

administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS S.A., del 12 de octubre de 1994, ordenando su regreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A. a entregar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, así como devolver los gastos y cuotas de administración debidamente indexados; y a esta última a recibir y restablecer la afiliación de la demandante, así como imputar en la historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS.

Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Colfondos S.A. frente a la pretensión de perjuicios morales y condenó en costas a las accionadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó, que la declaratoria de ineficacia vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema, adicionalmente, señaló que Colpensiones no puede asumir el “arrepentimiento” de la demandante quien ejerció su derecho a la libre escogencia, más aún cuando no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad, especialmente por su permanencia en el RAIS durante tantos años.

Precisó que las conductas desplegadas por Colpensiones fueron de buena fe y con la convicción de obrar conforme a derecho.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de junio de 2022, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la parte demandada, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a suministrar 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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia

	23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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 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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,
la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS – hoy Colpensiones- el 15/03/1989 (Carpeta MM03 archivo 13); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 12/10/1994 a través de la A.F.P Colfondos S.A (Fl. 33 Carpeta C001 archivo 13); **iii)** el día 02/05/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 16 a 28 Carpeta C001 archivo 13).

Pues bien, a folio 33 de la carpeta C001 del archivo 13 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 12/10/1994 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 (1).

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 la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso las AFP demandadas - y concretamente Porvenir S.A., quien efectuó el traslado de régimen- estaban en la libertad de usar cualquier

¹ 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.

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 cuanto el formulario de traslado por sí solo se torna insuficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que este es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información, obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese brindado información alguna, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada relativos a información general de su vinculación laboral y beneficiarios.

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, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es octubre del año 1994, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado la debida información, de conformidad con las normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la citada AFP.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora mora Gutiérrez en el traslado que esta realizó en el mes de octubre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada encuentra la decisión de primer grado en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. 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 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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo sostiene Colpensiones en su recurso, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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

Código Único de Identificación: 11001310501020190039601

Demandante: MARITZA MORA GUERRERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **SIN COSTAS** en esta instancia.

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,

Código Único de Identificación: 11001310501020190039601
Demandante: MARITZA MORA GUERRERO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Maritza Mora Guerrero
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**010-2019-00396-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **2f6ef2bd548619ff48993f0aacc9d7768c09b12829d761d15bdb8d4ff4884ee**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:35 PM

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

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

Código Único de Identificación: 110013105022201900247-01 y 02
Demandante: MERY CONSUELO DAZA SALCEDO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, las providencias proferidas por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MERY CONSUELO DAZA SALCEDO** promoviese contra **COLPENSIONES Y OTROS**

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A. el 30 de septiembre de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual S.A., trasladarle a Colpensiones todos los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluidos los rendimientos

Código Único de Identificación: 110013105022201900247-01 y 02
Demandante: MERY CONSUELO DAZA SALCEDO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

correspondientes; y a esta última a tenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

1.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas en debida forma, las demandadas contestaron la demanda, **COLPENSIONES** (Fls. 74 a 110 Archivo 001 y Carpeta 002), **OLD MUTUAL SKANDIA S.A.** (Fls. 111 a 167 Archivo 001), **PORVENIR S.A.** (Fls. 206 a 237 Archivo 001), y **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 238 a 279 Archivo 001), oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, y proponiendo las excepciones debidamente sustentadas en sus escritos de respuesta a la demanda.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1. AUTO RECURRIDO

Dentro de la audiencia de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS celebrada el 31 de marzo del 2022, solicitó Porvenir S.A. que se reconozca a la firma Godoy Córdoba Abogados, a través de una de sus abogadas inscritas, la facultad de Representación Legal de dicha sociedad.

El Juzgado de conocimiento **negó** la anterior solicitud, teniendo ello como indicio grave en contra de Porvenir S.A. , argumentando que la comparecencia a la audiencia del artículo 77 del CPTSS de las personas jurídicas debe realizarse, por disposición de los artículos 34 del CPTSS y 54 del CGP, a través de sus representantes legales o de apoderados generales debidamente inscritos en el registro mercantil y, para el caso bajo estudio, la firma Godoy Córdoba Abogados confirió poder

especial a una apoderada, el cual se otorgó a través de la escritura Pública No. 2232 del 17 de agosto del 2021, sin desconocer que dentro de ese poder especial se otorgan facultades de representación legal a los mandatarios o a los apoderados, incluida la firma Godoy Córdoba Abogados, sin embargo, dijo, no puede pasarse por alto que Porvenir S.A. es una sociedad anónima, regulada por las reglas del Código de Comercio, regulación que señala claramente que, quien quiera actuar como representante legal de una sociedad anónima, debe encontrarse inscrito en el correspondiente Registro Mercantil, conforme los artículos 441 y 442 de dicha codificación y no existe prueba en el expediente de ello, salvo que sea allegada la Escritura Pública No. 2232 del 2021 con la constancia de inscripción en la Cámara de Comercio.

Frente a la anterior decisión, la demandada Porvenir S.A. interpuso **recurso de apelación**. Como sustento del mismo indicó que el artículo 74 del CGP establece que los poderes generales para toda clase de procesos sólo podrán conferirse por Escritura Pública y que el artículo 77 consagra las facultades del apoderado y señala que *“el apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa”*.

Por lo anterior, expuso, mediante la Escritura Pública No. 2232 del 17 de agosto de 2021 Porvenir S.A. confirió a la firma Godoy Córdoba Abogados S.A.S. para que, en su calidad de apoderado realice las siguientes funciones que consagra la cláusula primera: “confiero poder especial a las siguientes gerentes, administradores y/o subgerentes administrativos y de servicio de las sedes regionales de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA quienes se encuentran inscritos en Cámara de Comercio de sus respectivas ciudades, así como a los Abogados de planta y externos de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA para representarla ante las autoridades judiciales y administrativas con la facultad general para actuar bajo los parámetros del art 74 y 77 del Código General del Proceso, en las audiencias de

Código Único de Identificación: 110013105022201900247-01 y 02
Demandante: MERY CONSUELO DAZA SALCEDO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

conciliación y de trámite de que tratan los artículos 77 y 80 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, en las audiencias de conciliación de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso y demás normas concordantes conforme a la normatividad vigente, las audiencias de conciliación extrajudiciales, así como para absolver interrogatorio de parte, asistir a funcionarios, notificarse de resoluciones, actos administrativos, demandas judiciales y providencias judiciales, exhibir documentos, confesar y conciliar en los procesos que se adelanten en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.”.

Conforme lo anterior, dijo, la abogada Angélica Cure Muñoz se encuentra y figura en la página 7 del Certificado de la Cámara de Comercio y en el folio 49 del documento allegado al Despacho y obrante en el archivo No. 16.

El juzgador de primer grado **concedió** el recurso presentado en el efecto **devolutivo**, por lo que dispuso continuar con la audiencia.

2.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de marzo de 2022, profiriendo sentencia condenatoria, declarando la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; así mismo, ordenó a Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Protección S.A. a reintegrar a Colpensiones, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros; ordenó a Old Mutual S.A. a realizar todos los

trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante y a Colpensiones a aceptarla en el RPM, reactivar su afiliación sin solución de continuidad y corregir la historia laboral. Condenó en costas a Porvenir S.A.

2.1. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

EL DEMANDANTE, solicitó se condene a todas las demandadas al pago de costas, pues, cada una de ellas se opuso enfáticamente a las pretensiones de la demanda, lo que conllevó a un ejercicio exhaustivo del aparato judicial, lo cual es una de las causales objetivas para que sean condenadas.

PORVENIR S.A., señaló que con la información otorgada al momento del traslado, las condiciones y características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento, las circunstancias de su afiliación y el contenido de la información otorgada, máxime cuando todo consumidor financiero debía actuar con media diligencia, la cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico por el que estaba optando.

Frente a los gastos de administración, indicó que estos montos tienen, por mandato legal, una destinación específica que en este caso se cumplió plenamente, de tal suerte que estas sumas ya fueron invertidas en las formas que la ley lo exige y no se encuentran en su poder, y por ello, no es procedente que la administradora deba restituir las sumas por pago de concepto de primas de seguros previsionales por cuanto tampoco se encuentran en su poder sino en la Compañía Aseguradora que Porvenir S.A. contrató para la cobertura de los pagos de las sumas adicionales para financiar las prestaciones que por mandato legal se requerían. Finalmente, solicitó se desestime la condena en costas.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.**, solicitó se revoque la condena a trasladar la comisión de administración y primas de seguro de manera indexada.

Sustentó de forma basta su recurso argumentando, que dicha condena se constituye en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir una comisión que no está destinada a reconocer la pensión de vejez de la demandante, por lo que estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró, que la declaratoria de ineficacia trae de suyo que los rendimientos que se causaron no existen, en ese orden, no existió un cobro por comisión de administración, lo que conlleva a que se está contradiciendo la consecuencia misma de la declaratoria de ineficacia, esto es regresar las cosas al estado en el que se encontraban, pues se ordena a Protección S.A. devolver lo correspondiente a los rendimientos y también la comisión de administración; que con base en el artículo 1747 del Código Civil debe entenderse que, cuando se declara una ineficacia, se hace la ficción de que nunca existió el contrato, sin embargo, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras producto de la buena gestión de la AFP de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que tiene derecho a conservar esta comisión que efectivamente hizo rentar el patrimonio, por último, frente al seguro previsional manifestó que este ya fue girado a la aseguradora para que, en caso de existir el siniestro de sobrevivencia e invalidez, dicha compañía pagará esa suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada ha tenido que ver en el acto que suscribió la parte demandante con mi representada y resaltó que, frente a los conceptos de comisión de administración y seguros previsionales opera la prescripción.

OLD MUTUAL SKANDIA S.A., indicó que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece los gastos de administración y que el dinero por este concepto está fuera de las arcas de la AFP,

adicionalmente el porcentaje del 3% de la cotización que se destina a cubrir los gastos de administración, el pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes, para cubrir esos riesgos a los que está expuesto el afiliado, por lo que no resulta procedente reintegrar las comisiones o gastos de administración cuando, en ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante, esa administradora cumplió con cada una de ellas.

Finalmente, **COLPENSIONES**, además de recalcar que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, argumentó que no existió vicio del consentimiento en los términos establecidos en el Código Civil, pues la demandante realizó su traslado de forma libre, voluntaria y sin presiones. Así mismo solicitó que, en caso de confirmarse la decisión, se garantice el reintegro de la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, bono de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, sin que se permita descontar suma alguna de dinero, además de que sean debidamente indexados al momento del traslado.

Finalmente, pidió que no se le condene en costas, ya que Colpensiones es ajena al traslado del régimen pensional de la demandante.

2.3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la parte demandante y de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Frente al auto.

Sea lo primero señalar que, el numeral 2 del artículo 65 del CPT y SS, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, dispone la procedencia del recurso de apelación respecto del auto que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros.

Para resolver se tiene que al proceso fue allegado certificado de existencia y representación legal de la sociedad Porvenir S.A. (fls. 50 a 53 Archivo 016), documento en el cual, entre otras, se enlistan las personas que ejercen la representación legal de dicha sociedad, entre las que se encuentra la señora Silvia Lucía Reyes Acevedo, y se señalan como funciones, la de *“constituir mandatarios que representen a la Sociedad en juicio o fuera de él y delegarles las funciones o atribuciones que se considere necesarias, en cuanto sean delegables”*; así mismo, obra Escritura Pública No. 2232 del 17 de agosto del 2021¹ mediante la cual la sociedad Porvenir S.A., representada por la señora Silvia Lucía Reyes Acevedo, otorga poder especial, entre otros, a la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S., documento en el cual se le otorga a sus apoderados, la facultad de *“actuar como Representante Legal de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en las audiencias de conciliación, de decisión de excepciones previas y saneamiento del litigio (ley 712 de 2002, modificada por la Ley 1149 de 2007)*

¹ Archivo 016

para conciliar, notificarse, desistir, transigir, y ejecutar todas las actuaciones necesarias o indispensables para el buen éxito del mandato conferido y en fin todas las facultades de Ley”.

Así las cosas, se tiene que dentro del proceso fue demostrada la representación legal de la sociedad Porvenir S.A. en cabeza de la señora Silvia Lucía Reyes Acevedo, a decir del certificado de existencia y representación legal de esta, documento conforme al cual ella ostenta la facultad de constituir mandatarios que representen a dicha sociedad en juicio, por lo que se encontraba facultada para extender, actuando en representación de Porvenir S.A., la Escritura Pública No. 2232 del 17 de agosto del 2021, documento que expresamente otorga poder a la firma Godoy Córdoba Abogados S.A.S. y le confiere expresamente la facultad de actuar como representante legal de Porvenir S.A. en las audiencias de conciliación, decisión de excepciones previas y fijación del litigio de la Ley 712 de 2001 modificada por la Ley 1149 de 2007, esto es del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, así como para conciliar, desistir y transigir.

Conforme lo anteriormente expuesto, cualquiera de los representantes legales de Porvenir S.A. señalados en su certificado de existencia y representación legal, se encontraban en la facultad de designar apoderados, pudiendo ser estos una persona bien natural o jurídica, como lo permite el artículo 75 del CGP, y que para el caso concreto, fue una persona jurídica, esto es la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S., la cual tenía la facultad de actuar como representante legal de Porvenir S.A. conforme las facultades otorgadas en la pluricitada Escritura Pública No. 2232 de 2021 y la que, a su vez, podía actuar a través de cualquiera de los profesionales del derecho que se encontrara inscrito en su certificado de existencia y representación legal, tal y como ocurría con la doctora Angelica María Cure Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional No. 369821 del C.S. de la J.

Por lo antes expuesto, la Sala advierte equivocada la decisión de la juzgadora de primer grado, al no aceptar la representación legal de Porvenir S.A. en cabeza de la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S., al obrar poder que otorga expresamente tal facultad a su apoderado, razones por las que se **REVOCARÁ**, el auto proferido por la *a quo* en la audiencia celebrada el 31 de marzo del 2022, para tener como representante legal de Porvenir S.A., para esa audiencia, a la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S. y como consecuencia de ello, revocar la decisión de tener como indicio grave en contra de Porvenir S.A. la inasistencia de su representante legal a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del CPTSS.

3.2. Frente a la sentencia

Conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a suministrar 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	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

	derechos laborales y autonomía personal	
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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,
la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

IV. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS – hoy Colpensiones- el 01/03/1979 (Carpeta 002 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_.PDF); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 30/09/1996 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 16 archivo 001); **iii)** que efectuó traslados entre administradoras del RAIS, así: 1. A Old Mutual el 07/09/2006, 2. Luego a Protección S.A. el 16/12/2011 y 3. Nuevamente a Old Mutual el 20/01/2015 (fls. 128, 254 y 127 Archivo 001, respectivamente); y **iv)** el día 12/03/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 17 a 20 archivo 001).

Pues bien, a folio 16 del archivo 001 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 30/09/1996 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 (2).

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez

² 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.

no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso las AFP demandadas - y concretamente Porvenir S.A., quien efectuó el traslado de régimen- estaban 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 cuanto el formulario de traslado por sí solo se torna insuficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que este es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información, obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese brindado información alguna, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada relativos a información general de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, 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, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 30 de septiembre del año 1996, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado la debida información, de conformidad con las normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras y, si bien es cierto que la Ley 100 de 1993 consagra las características de los regímenes pensionales, ello no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

De otro lado, atendiendo lo argüido por Colpensiones en su recurso, 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.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Daza Salcedo en el traslado que esta realizó en el mes de septiembre de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso..

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro

individual del demandante, esto es, OLD MUTUAL SKANDIA S.A., debe devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada encuentra la decisión de primer grado en el sentido de ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, (sentencias SL 638 de 2020 Rad. 70050; SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667), sin que ello corresponda a una condena en perjuicios a cargo de la AFP encartada como lo pretende hacer ver en su recurso.

Ahora bien, tal y como se ordenó en la sentencia de primer grado, dicha **orden será extensiva a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, pues dichas AFP's en algún momento tuvieron a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. 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 cubre 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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues se extracta de la sentencia SL3464-2019 antes transcrita, que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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, frente a las costas, ha de señalarse que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, están a cargo de la parte vencida en el proceso. (ver providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y auto AL 2787 -2021 Rad 79134)

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que las AFP Protección S.A. y Old Mutual Skandia S.A., presentaron escritos de oposición y resultaron vencidas en juicio, procedente resulta condenarlas en costas, por ello, se **MODIFICARÁ** el numeral séptimo de la decisión de primera instancia en tal sentido; no así frente a Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad 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, obsérvese que no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional, ni la ineficacia del mismo es consecuencia directa o indirecta de su acción u omisión por lo que en tal sentido se confirmará en el punto la decisión de primera instancia.

Las **costas** en esta instancia estarán a cargo de las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual

Código Único de Identificación: 110013105022201900247-01 y 02
Demandante: MERY CONSUELO DAZA SALCEDO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Skandia S.A., al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **REVOCAR**, el **auto** proferido el 31 de marzo del 2022, para tener como representante legal de Porvenir S.A., a la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S. y por ende, revocar la decisión de tener como indicio grave en contra de Porvenir S.A. la inasistencia de su representante legal a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del CPTSS.

SEGUNDO.- **MODIFICAR** el numeral séptimo **de la sentencia** apelada, para en su lugar, adicionar la condena en costas de primera instancia, la cual se extenderá también a las AFP Protección S.A. y Old Mutual Skandia S.A.

TERCERO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual Skandia S.A.

La 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,

Código Único de Identificación: 110013105022201900247-01 y 02
Demandante: MERY CONSUELO DAZA SALCEDO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual Skandia S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Mery Consuelo Daza Salcedo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00247-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **73557f3924c3361b46a3b3f56bc6547c06f7ffe0f1204b7c8ed6a7f1c0a7beda**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:34 PM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310502620210016301

Demandante: GLADYS AURORA PÉREZ SARMIENTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y la demandada PROTECCIÓN S.A. y a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **GLADYS AURORA PÉREZ SARMIENTO** promoviese contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con

solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Protección S.A., devolver a Colpensiones los aportes recibidos; y a esta última a vincular a la accionante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (Archivo 004), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 008), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por la demandante del RPM al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, y a esta última a aceptar dicho traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PROTECCIÓN S.A., solicitó se revoque la orden de devolución de los gastos de administración, al ser dineros que fueron descontados por mandamientos normativos, los cuales facultan a las AFP a realizar la deducción de un porcentaje sobre el valor de los aportes de los afiliados, deducción que no solamente ocurre en el RAIS sino también en el RPM, por lo que se entiende que son dineros que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de los afiliados y no cubren el valor de la mesada pensional, por lo que trasladar este rubro a Colpensiones se constituiría en un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad y de la demandante.

Indicó que esa AFP actuó de buena fe al momento de la afiliación de la demandante en el año 1994, razón por la cual tenía que realizar el cobro de esos gastos de administración, a raíz de los cuales se generaron unos rendimientos considerablemente mayores a los que pudo haber obtenido en el RPM, por lo que, si se busca la ineficacia en sentido estricto, esto es que las cosas vuelvan a su estado anterior, no habría lugar a trasladar unos rendimientos que son única y exclusivamente producto de esa afiliación que hoy se está

Código Único de Identificación: 11001310502620210016301

Demandante: GLADYS AURORA PÉREZ SARMIENTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

declarando ineficaz, pues, al no haber existido la afiliación no se hubieran generado los rendimientos.

DEMANDANTE, solicitó revocar parcialmente la sentencia de primer grado en lo atinente a las costas procesales, como quiera que Colpensiones también fue un sujeto procesal y existió un desgaste del aparato judicial, sumado a que se podría haber culminado el proceso por intermedio de una conciliación, adicionalmente, Colpensiones no dio ninguna clase de asesoría a la demandante, razón por la cual debe ser condenada en costas pues como entidad de fondo de pensiones tiene la obligación de darle asesoría al momento del traslado.

V. Actuación procesal en segunda instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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 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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VII. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el 19/12/1989 (fl. 27 Archivo 001 y 20 archivo 004); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 19/04/1994 a través de la A.F.P Colmena hoy Protección S.A (fl. 29 y 31 Archivo 008); y **iii)** el día 15/02/2021 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 82 a 84 Archivo 001).

Pues bien, a folio 29 del archivo 008 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 19/04/1994 con la AFP Colmena hoy Protección 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 (1).

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 la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, esto es Colmena hoy Protección 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, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 19 de abril del año 1994, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este o que se le esté restando valor probatorio al formulario, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación y

¹ 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.

mucho menos se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Pérez Sarmiento en el traslado que esta realizó en el mes de abril de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (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: (...)

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 cubre 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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues se extracta de la sentencia SL3464-2019 antes transcrita, que no se descapitalizaría el fondo común o se

afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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 apelación presentada por la parte actora respecto de la imposición de condena en costas a Colpensiones, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, 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 a la afiliada como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un

Código Único de Identificación: 11001310502620210016301

Demandante: GLADYS AURORA PÉREZ SARMIENTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

tercero afectado con la declaratoria de nulidad, por lo que no resultan de recibo los argumentos presentado por la parte actora en su recuso.

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VIII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada PROTECCIÓN S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11001310502620210016301

Demandante: GLADYS AURORA PÉREZ SARMIENTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gladys Aurora Pérez Sarmiento
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2021-00163**-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **dadf9b671312a036aaf84ebbb027906865c245605594df7a8e85cf80d87f1cbb**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:34 PM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503220200043101
Demandante: MARÍA LUCIA VELÁSQUEZ MEJÍA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de abril de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA LUCÍA VELÁSQUEZ MEJÍA** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la actora, como si nunca se hubiere trasladado, así como el regreso a tal entidad, de los aportes realizados, rendimientos financieros, el bono pensional al que haya lugar y la actualización de su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

PORVENIR S.A. (Archivo 04), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 05), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la ineficacia del traslado realizado por la demandante el 22 de junio de 1994 a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, esto último debidamente indexado; y a esta última a recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba afiliada al momento del traslado que se declara ineficaz. Condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., afirmó, que con el interrogatorio se demostró, que la demandante no está fundamentando su solicitud de ineficacia en estricto sentido, en una falta al deber de información, sino en el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, adicionalmente, también fue demostrado que esta AFP no incumplió con las promesas realizadas a la demandante, sino que fue voluntad de la actora el no pensionarse de manera anticipada.

Precisó que, conforme la sentencia SL 1452 del 2019, el deber de información se debe estudiar respecto de cada etapa procesal, teniendo que situarse la asesoría brindada a la demandante para el año 1994, esto es conforme lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que no indica que los fondos de pensiones bebieran diligenciar o tener documental que diera fe de la información suministrada a los usuarios al momento de realizarse el traslado pensional, de lo

que se colige que Porvenir S.A. no está en la obligación de aportar documento distinto al formulario de afiliación.

Expuso que no es posible que esa AFP cumpla con los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia respecto al deber de información, pues estos se dieron en el año 2008, época para la cual la demandante ya contaba con 14 años vinculada al RAIS, por lo que Porvenir S.A. no estaba en la posibilidad jurídica o fáctica de retrotraer las cosas para brindarle a la demandante una asesoría conforme a las características dispuestas por la Corte.

Indicó que no es viable devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que no forman parte integral de la pensión de vejez y no le pertenecen a los afiliados, teniendo en cuenta el concepto emitido el 15 de enero del 2020 por la Superintendencia Financiera, la cual manifestó que, en los eventos en que surja la ineficacia del traslado, las únicas sumas a devolver son las cotizaciones y los rendimientos, sin hacer mención alguna a los gastos de administración o dineros por conceptos distintos a cotizaciones y rendimientos, adicionalmente, la devolución de estas sumas con destino a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta, máxime cuando no existe norma legal o constitucional que disponga tal devolución, además, dichos gastos de administración deberán declararse prescritos, teniendo en cuenta que los mismos no están llamados a financiar la pensión de vejez y por ende no gozan del carácter de imprescriptible.

COLPENSIONES, indicó que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, bajo el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la AFP y la demandante, razón por la cual esta entidad no tiene porqué sufrir las consecuencias positivas o negativas frente al asunto.

Expuso que, si bien el juzgado de primera instancia estableció que no se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema ya que se ordena la devolución a Colpensiones de los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos causados, los gastos de administración de demás emolumentos, dichos valores no cubren realmente la mesada pensional que va a devengar el demandante y en tal medida se va a afectar gravemente el equilibrio financiero del sistema, pues la demandante va a retornar a un régimen que no la tuvo en cuenta para realizar proyecciones pensionales ni reservas presupuestales, por ello, solicita que, en virtud de la teoría del daño del derecho civil, sea la AFP quien asuma la mesada pensional de la demandante en los mismos términos y condiciones que tendría de no haberse traslado nunca de régimen pensional.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de junio de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el los(las) apoderados (as) de las partes para reiterar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS – hoy Colpensiones- el 14/09/1983 (Fl. 30 archivo 01 y Carpeta 07); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el 22/06/1994 a través de la A.F.P Colpatria hoy Porvenir S.A (fl. 22 archivo 01 y contestación hecho 01¹); **iii)** el día 05/04/2019 solicitó a Colpensiones el

¹ FI 9 archivo 05

traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 13 a 17 archivo 01 y carpeta 07).

Pues bien, sea lo primero por evocar que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado de lo narrado en su interrogatorio de parte no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. .

Frente al tema del formulario, ha de memorarse que 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.”*², por lo que no bastaba con allegarse dicha documental, la cual, dicho sea de paso, ni siquiera fue arrimada por Porvenir S.A., por lo que, si bien para la fecha del traslado de la demandante al RAIS, esto es el año 1994, no se exigía *documental* alguna que demostrara el cumplimiento del deber de información, no es menos cierto que dicho deber debía acreditarse y ello acontece cuando con cualquier medio de prueba se acredita su cumplimiento; y el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, no se torna en justificante de la omisión del deber

² SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993³.

Así mismo, y contrario a lo afirmado por la AFP impugnante, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información sí existía para la fecha del traslado de la demandante, pues existían normas que regulaban el deber de información, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras, por lo que debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 22 de junio del año 1994.

En cuanto al asunto relativo a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la citada AFP.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de

³ (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

información a la afiliada, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Velásquez Mejía en el traslado que esta realizó en el mes de junio de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada encuentra la decisión de primer grado en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Código Único de Identificación: 11001310503220200043101
Demandante: MARÍA LUCIA VELÁSQUEZ MEJÍA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. 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, 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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues se extracta de la sentencia SL3464-2019 antes transcrita, que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual

se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, COLPENSIONES argumenta en su apelación, que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el **principio de la relatividad jurídica**, frente al cual, ha de decirse que es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016⁴ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios». ⁵

⁴ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

⁵ Ibídem.

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE**

Código Único de Identificación: 11001310503220200043101

Demandante: MARÍA LUCIA VELÁSQUEZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de 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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Lucía Velásquez Mejía
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2020-00431-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **4f62c5108c6b39ad42147af40cd29d2e7c5a969ebd5d6df8aa613bc7ea8433b3**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:34 PM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 01 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A., el 14 de diciembre de 1998.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses y rendimientos causados; y a esta última a recibir a la demandante y tenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

PORVENIR S.A. (Archivo 03), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivos 05 y 06), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio constitucional de sostenibilidad

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la ineficacia del traslado realizado por la demandante el 14 de diciembre de 1998 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, esto último debidamente indexado; y a esta última a recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba afiliada al momento del traslado que se declara ineficaz. Condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., indicó, que al momento que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse con Porvenir S.A., esta cumplió a cabalidad con el deber de información conforme las obligaciones vigentes para el año 1998; que el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado no exigía documentar la naturaleza de la información que brindaba ya que simplemente bastaba con la suscripción del formulario de afiliación conforme lo establecía el Decreto 692 de 1994, por lo que se le está sometiendo a un imposible jurídico y material pretendiendo que demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación de la actora, que nacieron posteriormente a la vida jurídica y que no tienen naturaleza retroactiva.

Resaltó la improcedencia del traslado a Colpensiones de todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los gastos de administración, teniendo en cuenta que surgen como una destinación legal para retribuir la gestión y administración de la AFP, que en este caso Porvenir S.A. ha realizado de manera profesional y diligente, lo que se evidencia con los rendimientos que han incrementado la cuenta de ahorro individual de la demandante, además en Colpensiones también existen esos gastos de administración y su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta última entidad, máxime cuando este rubro no hace parte del porcentaje de cotización que se utiliza para financiar las prestaciones económicas a las que tuviera derecho la afiliada.

COLPENSIONES argumentó, que la sentencia de primer grado no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica bajo el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la AFP y la demandante, por lo que con la decisión adoptada por el a quo Colpensiones no puede ser beneficiada ni perjudicada y con el retorno de la demandante al RPM el equilibrio financiero del sistema se va a ver afectado gravemente, así como los derechos de los demás afiliados al régimen común que administra Colpensiones.

Indicó que, si bien se probó una falta al deber de información por parte de la AFP demandada, es esta quien debe asumir las consecuencias de dicha decisión, por lo que, bajo la teoría del daño del derecho civil *“quien causa el daño es quien debe repararlo”*, ya que fue la AFP la que incumplió con el deber de información y por ello es quien debe asumir las consecuencias de ello.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Colpensiones, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar 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 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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen

pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS – hoy Colpensiones- el 28/04/1987 (fl. 45 archivo 05); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 14/12/1998 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 39 archivo 01 y 37 archivo 03); **iii)** el día 13/07/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 68 a 78 archivo 01).

Pues bien, a folios 39 del archivo 01 y 37 del archivo 03 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 14/12/1998 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 (1).

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 la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso 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.

Así entonces, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que el formulario de afiliación era el único

¹ 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: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

documento requerido para la época del traslado, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, este sea suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, 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, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 14 de diciembre de 1998, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado la debida información, de conformidad con las normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras y, si bien es cierto que la Ley 100 de 1993 consagra las características de los regímenes pensionales, ello no suple la obligación de las administradoras de fondos de

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Frente al asunto relativo a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la citada AFP.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Bejarano Prieto en el traslado que esta realizó en el mes de diciembre de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones,

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada encuentra la decisión de primer grado en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. 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, 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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo señala Colpensiones en su recurso, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, COLPENSIONES argumenta en su apelación, que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el **principio de la relatividad jurídica**, frente al cual, ha de decirse que es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016³ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».⁴

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Se resalta de la sentencia citada que principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

³ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

⁴ *Ibídem*.

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

En cuanto a la petición de Colpensiones de que sea Porvenir S.A. quien repare el daño causado en virtud de la teoría del daño, establecida en el artículo 2341 del Código Civil, a la misma no es posible acceder como quiera que no fue desplegada actuación probatoria alguna que compruebe el perjuicio generador de la reparación solicitada, ni ello fue objeto de pretensión alguna por parte de la entidad administradora del régimen de prima media.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

Código Único de Identificación: 11001310503220210012701
Demandante: MARÍA CONSUELO BEJARANO PRIETO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de 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



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Consuelo Bejarano Prieto
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2021-00127-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **fe88b8a7aaa939f6035f0d1e27c0bbf9fafef72a584b66accee771654eee4dcf**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:33 PM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO** promoviese contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la “*anulación por ineficacia*” de la afiliación efectuada por la demandante al régimen de ahorro individual con

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos causados, así como gastos de administración o cualquier otro tipo.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. (Archivo 05), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 06), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación,

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la ineficacia del traslado realizado por la demandante el 14 de diciembre de 1999 a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, esto último debidamente indexado; y a esta última a recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba afiliada al momento del traslado que se declara ineficaz. Condenó en costas a Colfondos S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, indicó que el juzgador de primer grado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP.

COLFONDOS S.A., solicitó se revoque la condena impuesta por concepto de devolución de los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que, por la buena gestión realizada por esa AFP se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la demandante, además que no se evidencia perjuicio.

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Precisó que de declararse la nulidad o ineficacia y se trasladan los aportes y los rendimientos, estos últimos se equipararán y son mayores a las sumas descontadas por gastos de administración, resaltando que dichas sumas no están en poder de Colfondos S.A., pues se utilizaron para adquirir una póliza de seguros previsionales, además de que un porcentaje se traslada al Fondo de Solidaridad, el cual debió haberse vinculado al presente con el fin de que devuelva lo recibido por concepto de afiliación de la demandante para que no se presente un enriquecimiento sin justa causa.

Indicó que la condena impuesta a Colfondos S.A. a devolver los gastos de una manera indexada, se torna en una condena de daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida en el presente asunto y tampoco se allegó prueba siquiera sumaria que demuestre que se generó un daño, menoscabo o perjuicio de los aportes pensionales de la parte demandante, todo lo contrario, se demostró la buena gestión de la AFP que generó unos rendimientos que fueron consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, por lo que no se le generó perjuicio alguno y al devolver cotizaciones y rendimientos se entiende que se devuelve el 100% de base de cotizaciones e intereses, por lo que solicita se realice una ponderación frente a lo que se descuenta por gastos de administración y los intereses que se generaron, ya que estos últimos son mucho mayores, por lo que no hay lugar a generar una condena en contra de esta AFP, especialmente cuando la misma siempre actuó con buena fe. Finalmente, adujo que este caso debió discutirse a la luz de una responsabilidad civil.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de la parte demandante, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 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

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

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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 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.
(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida 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:

“... 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) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“(....)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.

(...)

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. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad**

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

financiera, dijo la Alta Corporación en sentencia 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS - hoy Colpensiones- el 26/11/1990 (Fl. 52 archivo 01 y Carpeta 07 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1978-20210506081724); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 14/12/1999 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl. 60 archivo 01); **iii)** el día 24/11/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 67 a 70 archivo 01).

Pues bien, a folio 60 del archivo 01 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 14/12/1999 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 (1).

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 la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso 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.

Ahora bien, debe resaltarse que el cumplimiento del deber de información puede acreditarse con medios probatorios

¹ 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: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

distintos a “los documentos” y que por el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

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, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 14 de diciembre del año 1999, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, pues sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo,

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la citada AFP.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Landazábal Patarroyo en el traslado que esta realizó en el mes de diciembre de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones,

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada encuentra la decisión de primer grado en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667, sin que ello corresponda a una condena en perjuicios a cargo de la AFP encartada como lo pretende hacer ver en su recurso.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. 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 cubre 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; [...].

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues se extracta de la sentencia SL3464-2019 antes transcrita, que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, COLPENSIONES argumenta en su apelación, que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el **principio de la relatividad jurídica**, frente al cual, ha de decirse que es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016³ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios». ⁴

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la Colfondos S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

³ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

⁴ Ibídem.

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Colfondos S.A.

Código Único de Identificación: 11001310503220210015701
Demandante: MARÍA CLAUDIA LANDAZABAL PATARROYO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Claudia Landazabal Patarroyo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2021-00157-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **744d5ebf6a2c3bca5959239fa1dfa0c729816faf258ad44d40d650067b5e7127**

Documento generado en 17/01/2023 12:28:33 PM

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

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