



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105013201800250-02**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Skandia S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA STELLA CARREÑO JURADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses; no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Claudia Andrea Cano González, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.143.869.669 y tarjeta profesional 338.180 del C.S.J., como apoderada de Skandia S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido

## **ANTECEDENTES**

María Stella Carreño Jurado promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado a Porvenir S.A. el 1 de abril de 2003; condenar a Old Mutual hoy Skandia S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; ordenar a Colpensiones a recibirla como afiliada, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de agosto de 1990; que se trasladó a Porvenir S.A. con fecha de efectividad del 1 de abril de 2003, sin que hubiese sido asesorada o informada de manera transparente, completa, clara y veraz respecto a las diferencias de los regímenes pensionales.

Que actualmente se encuentra vinculada y cotizando para pensiones en el fondo Old Mutual hoy Skandia S.A.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Old Mutual hoy Skandia S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo el relacionado con la actual afiliación de la demandante al fondo. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Por su parte, Colpensiones dio contestación oponiéndose a las pretensiones incoadas contra la administradora; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la afiliación de la demandante al ISS, el traslado de régimen, la reclamación elevada por la actora, su contestación, y actual vinculación a Skandia S.A. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La apoderada de Porvenir S.A. presentó incidente de nulidad por indebida notificación, el cual, al ser resuelto por esta corporación mediante

providencia del 9 de octubre de 2020, dispuso “*declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso ordinario de la referencia, a partir, inclusive, del auto de fecha 25 de abril de 2019 (fl. 160)*”, por lo que el juzgado de conocimiento resolvió mediante providencia del 15 de diciembre de 2021 dar cumplimiento a lo resuelto por esta corporación, teniendo por notificada a Porvenir S.A. por conducta concluyente, concediendo el término de 10 días para contestar la demanda, sin embargo, dicha demandada no efectuó pronunciamiento alguno, por lo que mediante auto del 16 de mayo de 2022 se tuvo por no contestada.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 10 de junio de 2022 el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado que hiciera la demandante a Porvenir S.A. el 8 de abril de 2003, y de contera el realizado a Old Mutual hoy Skandia S.A.; condenar a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad; condenar a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos previamente y a actualizar la historia laboral de la demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando en costas a Porvenir S.A., concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Skandia S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**COLPENSIONES** refiere que no comparte el fallo proferido en primera instancia, toda vez que si bien es cierto que de acuerdo a la fijación del litigio se estudió una ineficacia del traslado, y que por ello no se podría estudiar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, por cuanto la señora María Stella Carreño actualmente cuenta con 58 años de edad, superando así el tiempo establecido para efectuar el retorno, no es posible su traslado, máxime, cuando la demandante no hizo uso del derecho establecido en la ley, dejando con el paso del tiempo claro que es su deseo permanecer en el RAIS, donde ha estado casi por 20 años.

Asimismo, que no puede perderse de vista que el tema pensional no debe dejarse a la deriva, debiendo la actora estar al tanto de ello, sin que se pueda alegar que no fue informada al no cumplirse con sus expectativas pensionales, denotándose una ausencia de compromiso por parte de la

demandante, considerando además que en este caso no se vulnera el derecho a la señora Carreño de obtener una pensión, solo que, no se cumplen sus expectativas, debiéndose darle una mirada a la sostenibilidad financiera del sistema, lo cual se vulnera con el fallo proferido.

**SKANDIA S.A.** manifiesta que como quedó evidenciado en la sentencia proferida, la misma se fundamenta en sentencias del año 2019 y 2021, sin embargo, que el traslado discutido es del año 2003, por lo que esta clase de procesos ya había sido discutido por la Corte Suprema de Justicia, quien casi siempre le daba la razón a las AFP con fundamentos en los formularios, sin embargo, que posteriormente modificó su postura, considerando injusto y arbitrario, que el mismo se haya dado 17 años después, teniendo efectos como los declarados, máxime cuando para esa época no se exigía nada además del formulario de afiliación, el cual se encontraba avalado por la Superintendencia Bancaria, no debiendo ser posible que se exija para la data actual.

Que si bien Porvenir S.A. no allegó el formulario de afiliación, Skandia S.A. si lo hizo, sin embargo, que a la fecha las altas cortes piden pruebas que por supuesto no existen, debiendo responderse a la realidad de las situaciones.

Por otra parte, indica que en caso de confirmarse por esta corporación la decisión de primera instancia, aduce que frente a los gastos de administración, no puede desconocerse cómo funcionan los regímenes pensionales en Colombia, pues de trasladarse todos los valores mencionados, es como si Colpensiones hubiese administrado dichos dineros, cuando, fueron en realidad las AFP quienes efectuaron el manejo de los mismos, considerando completamente erróneo el argumento de la a quo, de que como Colpensiones debe asumir la pensión, entonces se ordena el traslado de esos gastos, máxime cuando estos no financian bajo ninguna circunstancia una pensión.

Adicionalmente, que una pequeña parte de lo que aportan los demandantes va dirigido a los seguros previsionales, los cuales se dan por un mandato legal, cubriendo el riesgo de invalidez y de muerte, preguntándose ¿Qué pasaría si la demandante hubiese quedado en estado de invalidez?, sin embargo, se desconoce tal situación, aunado a que esta tuvo dicha cobertura con dicho porcentaje que tampoco se encuentra dirigido a financiar la mesada pensional.

Por otra parte, se cuestiona el por qué se declara la ineficacia de traslado alegando una falta de información por parte de la AFP, cuando en el RPMPD tampoco se ha dado información frente al tema.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Colpensiones y Skandia S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y sus contestaciones respectivamente, así como lo dispuesto en las alegaciones presentadas en primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Skandia S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años sana la nulidad del traslado de régimen y **vi)** la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional

a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97

de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**”* (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es

decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En suma, y si bien se encuentra inconforme el apoderado de Skandia S.A. con que la sentencia de primera instancia hubiese sido fundamentada en providencias de los años 2019 y 2021, por cuanto para el año 2003 la Corte Suprema de Justicia en la mayoría de los casos le daba la razón a las AFP, lo cierto es que no presentó sustento alguno frente a tal afirmación.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 127 del expediente obra copia del formulario de afiliación a Skandia S.A. diligenciado el 17 de enero de 2011; asimismo, se verifica que no se aportó el formulario de traslado de régimen del RPMPD, a Porvenir S.A., en tanto dicha AFP no presentó contestación de a demanda.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. y Skandia S.A. estaban obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Stella Carreño Jurado asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime, cuando su permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que

como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A. enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a estas AFP, se tornan nulas, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho

de trasladarse entre fondos.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandado. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.  
(...)”*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de*

*cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»*

Precisado lo anterior, y teniendo en cuenta que el apoderado de Skandia S.A. solicita que se le informe el por qué se juzga la falta de información de los fondos privados y no del RPMPD, quienes a su parecer no brindan información, lo cierto es que, dicha afirmación, no se encuentra sustentada bajo ningún medio probatorio en el transcurso del proceso, aunado a que no hace parte de la fijación del litigio, por lo que la sala se abstiene de su estudio.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que deben reintegrar Porvenir S.A y Skandia S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por María Stella Carreño Jurado en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia S.A. Pensiones y Cesantías, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Skandia S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105003202000281-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de febrero de 2022 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN FRANCISCO SAMUEL GONZÁLEZ LAVERDE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

Juan Francisco Samuel González Laverde promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare que existió vicio en el consentimiento por falta de información al momento de firmar el formulario de vinculación con Porvenir S.A.; que se declare la ineficacia del traslado de régimen; que se condene a Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en su cuenta individual de ahorro, con los rendimientos financieros, y bono pensional; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 3 de enero de 1959; que se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el día 9 de enero de 1980; que para el 1 de febrero de 1995, el promotor comercial de la AFP Porvenir S.A. efectuó su traslado al RAIS, sin haberle suministrado información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características de ambos regímenes pensionales; asimismo, que no se realizó una proyección pensional que simulara una posible mesada.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al RAIS, el monto ahorrado en su cuenta individual, y el total de semanas cotizadas. Propuso la excepción previa de falta de competencia, y como 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 se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su vinculación al ISS, y posterior traslado a Porvenir S.A., la petición elevada a la administradora y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación por analogía de la Sentencia SL373-2021, la 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 del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 10 de febrero de 2022 el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante Juan Francisco González Laverde del RPMPD al RAIS, al igual que los traslados horizontales que se dieron con posterioridad entre fondos; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haber realizado, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno; ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A. para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado de régimen, actualizando la información de la historia laboral; declarar no probada la excepción de prescripción, condenando en costas a ambas demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

**PORVENIR S.A.** manifiesta que si bien es cierto que hay un amplio y pacífico precedente jurisprudencial en materia del deber de información, también ha señalado la Corte que se deben analizar las particularidades de cada uno de los afiliados que pretende declarar ineficaz su traslado, considerando que en el presente caso, el demandante recibió la información necesaria de manera verbal, donde acto seguido, se suscribió un formulario de vinculación donde se constata la buena fe de la voluntad de afiliación del demandante, de manera libre y voluntaria, actuando para la data de dicha suscripción conforme los parámetros establecidos y normatividad vigente en materia de información, sin que pueda endilgarse una carga adicional, máxime, cuando la entidad no podía realizar una proyección que le arrojará un valor exacto su mesada pensional.

Igualmente, el apoderado objeta lo referente a la devolución de gastos de administración y pago de primas previsionales, junto con los rendimientos financieros, como quiera que estos últimos resultan ser privativos del RAIS, aunado a que los otros descuentos son sumas autorizadas por la Ley 100 de 1993, actuando Porvenir S.A. dentro de la buena fe objetiva.

**COLPENSIONES** refiere que se aparta de las manifestaciones esbozadas por el juzgado de primera instancia, por cuanto en lo que concierne al interrogatorio de parte, pues si bien el despacho hizo un análisis frente al mismo, es importante señalar que allí no se exige que el demandante conozca cuales son las características del sistema, sin embargo, si se reprocha que el demandante haya sido negligente al momento de consultar las mismas, pues se constató que este no tenía interés de conocer sobre las mencionadas circunstancias, lo cual no puede trasladarse a los extremos pasivos en el proceso, endilgando algún tipo de falta al momento de realizarse el traslado.

En suma, manifiesta que sobre las precisiones frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema, no significa que por el hecho de que se ordene la devolución de las cotizaciones efectuadas por el demandante sin ningún tipo de descuento, ya se genera una protección al mismo, viéndose la entidad en razón de la edad del demandante, entrar a reconocer un derecho pensional, circunstancia que si genera una descapitalización.

Por último, señala que hay salas en el Tribunal Superior de Bogotá que han dispuesto la revocatoria de las costas y agencias en derecho frente a la entidad, por cuanto es claro que la misma en su momento acató una normatividad que conllevaba que los afiliados escogieran libremente su régimen pensional, sin embargo, que en el caso concreto se evidencia una posición de que se debe condenar en costas a Colpensiones, cuando se actúa en cumplimiento de la norma que se encuentra vigente, y es no permitir que personas que se encuentren a menos de 10 años de pensionarse efectúen el traslado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, la demandada Porvenir S.A. remitió alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia, reiterando lo

expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos presentados ante el a quo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de ineficacia y la orden de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **v)** si debe exonerarse a Colpensiones de la condena en costas en primera instancia. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

**Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.**

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de***

***las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 26 del ítem 6 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 1 de febrero de 1995, y a folios siguientes, los formularios de los traslados efectuados a las AFP Colpatria y Horizonte, hoy Porvenir S.A. Asimismo, se recibió interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que en el año 1995 inició un proceso de trabajo, y que por esos días, se le indicó que se le daría la oportunidad a un representante del fondo para que les diera una “charla”, quien le manifestó de manera informal que el ISS tenía problemas económicos, y que lo mejor que podría hacer era trasladarse, por lo que firmó un formulario de afiliación; que la duración de la asesoría duró alrededor de 10 minutos; que se le indicó que el fondo nuevo le daría una mejor garantía para su futuro pensional; que su afiliación fue libre y voluntaria; que no se le informó sobre los rendimientos financieros; que recibe extractos de Porvenir S.A. hace aproximadamente 5 años; que no se le indicó que podría hacer aportes voluntarios; que no tiene claras las circunstancias de su posterior traslado a Colpatria; que su inconformidad con Porvenir S.A. radica en que se da cuenta que su pensión sería muy baja; que no se le manifestó que su pensión dependería del dinero aportado en su cuenta; que al día de hoy conoce los requisitos para pensionarse con Colpensiones; que no se acercó al ISS a verificar la situación que le habían expuesto.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al

señor Juan Francisco Samuel González Laverde asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 1 de febrero de 1995 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir

un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima. (...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»*

## **DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS**

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

**“CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso,** o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Juan Francisco Samuel González

Laverde en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

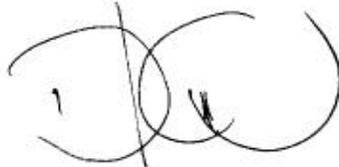
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105021202100288-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ROBERTO SIEGER MORENO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Cindy Julieth Villa Navarro, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y tarjeta profesional 219.992 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

Luis Roberto Sieger Moreno promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y

la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS en el mes de septiembre de 1999, declarando como afiliación válida, la efectuada por el Instituto de Seguros Sociales; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados, así como los rendimientos y demás sumas causadas a su favor; ordenar a Colpensiones contabilizar para efectos pensionales, las semanas cotizadas al RAIS; a lo ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 28 de junio de 1963, contando con 57 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió al sistema general de pensiones en julio de 1986, administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales.

Refiere que para el mes de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS con la APF Porvenir S.A., sin que hubiese sido asesorado e informado de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias de los regímenes pensionales, y de las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos, ilustrando, además, que su mesada pensional en el RPMPD sería mayor.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación del demandante al Instituto de Seguros Sociales, la petición elevada y su contestación. Propuso las excepciones 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 administradores de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 5 de julio de 2022 el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de

régimen pensional efectuado por el señor Luis Roberto Sieger Moreno al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 8 de julio de 1999, y en consecuencia, declara como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; condenar a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, comisiones, y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio, sin deducción alguna por gastos de traslado, concediendo para ello, el término de un mes; condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante y a actualizar su historia laboral; declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a Porvenir S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**PORVENIR S.A.** solicita revocar de manera integral la sentencia de primera instancia, al considerar que con la declaratoria de ineficacia se encuentra afectado un principio fundamental, el cual, en este caso, es el de confianza legítima, y además de ello, la autonomía de la voluntad privada del demandante.

Refiere que como quedó demostrado al interior del proceso, la administradora si cumplió a cabalidad con la entrega de información, desconociéndose hoy, lo confesado por el señor Luis Roberto Sieger en su interrogatorio de parte; asimismo, que por parte de la entidad no se podía efectuar una asesoría “especializada” del sistema pensional, más aún, cuando el contenido de la Ley 100 de 1993 es de conocimiento público, pudiendo en suma el demandante, ahondar en el tema a través de los canales de atención, y que usa únicamente para saber sobre su futuro pensional.

Aduce la apoderada que no puede dejarse de lado la debida administración por parte de Porvenir S.A. frente a los aportes, máxime, cuando se cumplió con el deber de información, evidenciándose un 65% de rendimientos sobre los aportes realizados por la parte actora.

Que en caso de confirmarse la ineficacia, solicita que no se genere la devolución de gastos de administración, u otras sumas adicionales diferentes, dada las circunstancias de su naturaleza, de tracto sucesivo,

imposibles de devolución, máxime cuando se demuestra un 65% de rendimientos sobre los aportes del demandante, señalando que estos conceptos no van a financiar una mesada pensional, y por ende, no se puede predicar su imprescriptibilidad, por lo que, dicha figura debe ser aplicada sobre tal concepto. Asimismo, que se condena a la entidad a generar una indexación de las sumas, generándole una doble sanción, por lo que tal orden, debe ser revocada.

**COLPENSIONES** refiere que en la sentencia proferida en primera instancia, la principal afectada es la administradora, teniendo en cuenta la sostenibilidad del sistema pensional, máxime, cuando la afiliación se dio para el año 1999, queriendo decir esto, que han transcurrido más de 23 años, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción el traslado, fecha para la cual no era obligación documentar un registro del mismo, pudiendo la AFP plasmar el consentimiento del demandante en el formulario de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Refiere que es claro que el demandante conoce las características del RAIS, en cuanto manifestó que conocía los requisitos para pensionarse, que tenía una cuenta de ahorro individual a su nombre, que podía hacer aportes voluntarios, que tendría rendimientos, que las cotizaciones del ISS no se perderían; asimismo, que su traslado se efectuó de manera libre y voluntario y sin presiones.

Indica que en caso de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de la entidad, previo a la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por parte de Porvenir S.A., y que, no se condene en costas, al ser un tercero al que se le causa un daño por un acto celebrado entre dos partes ajenas.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y la parte actora remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y las respectivas contestaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el

interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si Porvenir S.A. debe efectuar la devolución de los dineros de manera indexada, **vi)** si debe declararse probada la excepción de prescripción, y **vii)** si debe exonerarse a Colpensiones de la condena en costas en segunda instancia. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no***

***estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el folio 96 del ítem 8 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 8 de julio de 1999. Asimismo, se recibió interrogatorio de

parte del demandante, quien manifestó que en el mes de agosto de 1999 recibió una llamada de Porvenir S.A., solicitándole una cita para darle información sobre el fondo de pensional, la cual aceptó; que el asesor le relató que no se requería la edad para poderse pensionar, y que, cuando llegara la edad de pensionarse, podría elegir entre tomar todo el dinero que hubiese aportado, o que podía pensionarse como en el ISS; que le “vendió” la idea de que no era claro si en 25 años el ISS existiría, si la edad de pensión cambiaría, y si esta le respondería; que el asesor le indicó que las semanas cotizadas en el ISS no se perderían, y que pasarían a Porvenir S.A.; que se crearía una cuenta de ahorro individual, lo cual sería una gran ventaja, pues en el ISS el dinero se iría a una cuenta común; que se le indicó que el dinero tendría unos rendimientos; que se le informó que podría tener beneficiarios, y que sería heredable, sin que le informara sobre los requisitos; que no sabía que podría efectuar un traslado a otros fondos; que conoce que el ISS es hoy Colpensiones; que su motivación para adelantar el proceso se da, al enterarse que uno de sus amigos tenía completamente claro cómo se pensionaría en Colpensiones, lo que le generó la curiosidad, por lo que, solicitó una cita en la que se efectuó una proyección, enterándose que estaba “*supremamente lejos*” de lo que sus amigos manifestaban que recibirían, máxime, cuando una de sus preguntas al asesor de Porvenir S.A., consistió en cuánto recibiría como mesada pensional, a lo que se le indicó que sería igual o mejor que en el ISS; que conoce que al cumplir los 52 años ya no puede trasladarse a Colpensiones, lo cual no le generaba inquietud, por cuanto contaba con que su mesada sería igual o superior a la del fondo público; que conocía los canales de atención de la entidad; que conocía que podía efectuar aportes voluntarios; que no le hablaron del bono pensional ni de la indemnización sustitutiva.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luis Roberto Sieger Moreno asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen,

por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 8 de julio de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta

de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.  
(...)”*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos*

*los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando*

*refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»*

Ahora, en cuanto la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, pues si bien la apoderada de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble sanción, lo cierto es que no se evidencia la exclusión de condenas.

## **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

## **DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS**

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

**“CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*(...)*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones para solicitar su exoneración en la presente instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto, su recurso de apelación no prosperó, el cual presentó, afirmando ser un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir S.A., sin embargo, se opuso a las pretensiones de la demanda, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

En suma, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por último, frente a la petición de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de la entidad, se tiene que la a quo ordenó la recepción de los dineros que le fueron trasladados, lo cual claramente depende de su entrega, sin que se hubiese dado orden alguna

frente al reconocimiento y pago de alguna prestación económica, para lo cual, claramente, deberá contar con dichos conceptos en los términos indicados.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

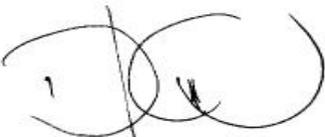
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido Luis Roberto Sieger Moreno en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105027202000294-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de junio de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA CECILIA ROJAS QUIROGA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. David Ricardo Guillen Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.014.180.670 y tarjeta profesional 220.267 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

Martha Cecilia Rojas Quiroga promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del formulario de afiliación suscrito

con Protección S.A., declarándose que para efectos pensionales continúa afiliada en el RPMPD; que se condene a Protección S.A. a realizar la devolución de los aportes a Colpensiones; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 4 de marzo de 1966, contando con 54 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que estuvo afiliada al RPMPD desde el año 1990 hasta el año 1999; que se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. el 18 de enero de 1999, fecha para la cual el promotor de ventas de dicha AFP le manifestó que el ISS sería liquidado, por lo que era mejor cambiarse, o de lo contrario, perdería sus aportes, aunado a que estos se encargarían de recuperarlos.

Refiere la demandante que la AFP no le suministró ninguna información previa a la afiliación sobre la manera de cómo se liquidaría su pensión, ni ningún tipo de información financiera sobre los requisitos que debía cumplir en el fondo privado para obtener una pensión.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación al ISS, su traslado de régimen, y la petición elevada a la entidad. Propuso las excepciones 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, innominada o genérica.

Protección S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la edad de la demandante, el traslado de régimen efectuado, que se le informó que por su edad ya no podría pasarse para Colpensiones, y que presentó solicitud de nulidad el 18 de agosto de 2020. Propuso las excepciones de mérito 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, 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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,

innominada o genérica, y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos en su totalidad manifestó no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 28 de junio de 2022 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de la señora Martha Cecilia Rojas Quiroga del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A., así como los efectuados horizontalmente; condenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, o aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenar a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la demandante, así como a recibir sus cotizaciones; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando a Protección S.A. en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que se presenta una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, refiriendo que este hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, sin embargo, que si se obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, lo cual quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causó el daño, lo cual no aplica en los procesos de nulidad de traslado, dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse.

Refiere que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y sus contestaciones respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, aunado, a **ii)** si se evidencia una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil en la sentencia de primera instancia, y, **iii)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha

verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

**Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.**

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben

demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Y es que si bien alega el apoderado de Colpensiones una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, lo cierto es que no puede desconocerse que dicha disposición establece que “(...) *la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)*”, sin que haya duda alguna de que es la AFP la entidad encarga de acreditar las actuaciones desarrolladas con el fin de que el potencial afiliado conociera las reales ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional al que sería sometido.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 23 del ítem 10 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Protección S.A. diligenciado el 18 de enero de 1999, y que en las páginas 24 y 25 de dicho ítem reposan los formularios posteriormente diligenciados por la demandante ante Porvenir S.A. y nuevamente Protección S.A. de fechas 26 de marzo de 2001 y 18 de febrero de 2003 respectivamente.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando Protección S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Martha Cecilia Rojas Quiroga asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las

condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime, cuando su permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, sería del caso declarar que la afiliación realizada al RAIS el 18 de enero de 1999, se torna nula por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, al igual que los traslados realizados de manera horizontal.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Protección S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de junio de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Martha Cecilia Rojas Quiroga en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105009202000026-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS HERNÁN CEBALLOS VIVA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Oscar William Montes Urrea, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.053.836.281 y tarjeta profesional 316.002 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

Carlos Hernán Ceballos Villa promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación realizada a Protección S.A., declarando como única válida la realizada a Colpensiones;

que se ordene a la AFP demandada a trasladar los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados a Colpensiones, quien deberá recibirlos; a lo ultra u extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 19 de marzo de 1962; que inició a cotizar al Instituto de Seguros Sociales desde julio de 1980, sin embargo, que por solicitud de su empleador el 23 de noviembre de 2001 atendió la visita de un asesor de Protección S.A., quien brevemente le expuso que el ISS podría desaparecer, y que podría perder sus aportes, los cuales estarían más seguros en un fondo privado.

Refiere que la AFP demandada en su momento no le dio información necesaria para efectuar el traslado.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Protección S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la petición elevada por el actor a la entidad, que las demandadas deben probar su obligación profesional con el demandante, que la pensión se calcula basada en lo que hay en la cuenta de ahorro individual, y la posible mesada del actor. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, innominada o genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser cierto o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, y la solicitud elevada por el actor a la entidad. Propuso las excepciones de mérito 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 del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 21 de junio de 2022, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante entre el RPMPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A. el 1 de febrero de 2002; condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Carlos Hernán Ceballos Villa, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenar a Colpensiones a recibir de Protección S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas, declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Protección S.A., y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que no había lugar a que se declarara la ineficacia del traslado, por cuanto en el presente caso se vislumbra a través de los medios probatorios que el demandante efectuó su traslado de manera libre y voluntaria; asimismo, que se evidencia que existió información por parte de los asesores del fondo privado, la cual también debe ser consultada por el afiliado, para así no encontrarse inmerso en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003.

Refiere que la carga de la prueba en este asunto le incumbe a la parte demandante, quien debe probar que existió un vicio en el consentimiento, o una falta de información por parte de Protección S.A., máxime, cuando Colpensiones no tuvo injerencia en la decisión del actor, no pudiendo endilgarse ninguna responsabilidad, debiendo tenerse en cuenta que el actor deja en desventaja a las personas que han aportado a dicho régimen y que están en igualdad de condición, lo cual va en contravía de la sostenibilidad financiera.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y su contestación respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte

Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 124 del ítem 4 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen a Protección S.A.

diligenciado el 23 de noviembre de 2001, con efectividad a partir del 1 de enero de 2002, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Asimismo, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió el señor Carlos Hernán Ceballos, quien manifestó que el 23 de noviembre de 2001 fue el fondo privado a la empresa a la cual trabajaba, donde los asesores les indicaron que el ISS se acabaría, y que no había dinero para pensionarlos a todos; que no sabía que existían otros fondos de pensiones para el año 2001; que a la fecha no ha solicitado ninguna petición de devolución de saldos; que considera que Colpensiones es más beneficioso en este momento; que tenía plena certeza de que continuaría cotizando hasta cumplir la edad pensional; que no se acercó al ISS a verificar la información que le habían brindado; que no sabía que antes de los 52 años podría trasladarse de régimen.

Por su parte la apoderada con facultad para absolver interrogatorio de parte de Protección S.A., manifestó que en el formulario de afiliación no aparece que clase de información se le dio al demandante; que no le consta que el asesor de la administradora le hubiese dado información sobre ventajas y desventajas del régimen, sin embargo, que es la política de la empresa; que la asesoría se dio de manera verbal por las normas que regían la materia en su momento.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Protección S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Carlos Hernán Ceballos Villa asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A el 23 de noviembre de 2001 con efectividad el 1° de enero de ese 2002 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Protección S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Carlos Hernán Ceballos Villa en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fijese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105037202000033-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSA YOLANDA CAMACHO GALVIS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**ANTECEDENTES**

Rosa Yolanda Camacho Galvis promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada el 19 de enero de 2004 a Colfondos S.A.; que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada el 1 de marzo de 2008 a Colfondos S.A.; que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante; que se condene a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con

motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 25 de enero de 1965, contando con 54 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que para julio de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, que para el 19 de enero de 2004 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a través de un asesor, que le indicó que el ISS iba a ser liquidado, y que sus aportes se encontraban en riesgo, además de manifestarle que en el RAIS podría pensionarse a más temprana edad, y que el monto de la pensión sería más alto al otorgado por el fondo público, sin realizar proyección alguna.

Por otra parte, afirma que el asesor de la AFP Porvenir S.A. le indicó que si al llegar a la edad de pensionarse no lo quería hacer, podría retirar su dinero de la cuenta de ahorro individual sin ningún inconveniente, administradora a la cual se trasladó el 1 de marzo de 2008, sin contar con información completa frente al tema en cuestión.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Colfondos S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, que la información brindada por parte del fondo fue de manera verbal, y que solicitada la nulidad del traslado a la AFP, esta fue negada. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la solicitud de nulidad presentada a la entidad, y si negativa. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe,

prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 17 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la señora Rosa Yolanda Camacho del RPMPD al RAIS, que tuvo como fecha de suscripción el 19 de enero de 2004, declarando como válida su afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones; condenar a Porvenir S.A. a transferir con destino a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con costos cobrados por administración; condenar a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los conceptos cobrados por administración durante el periodo que tuvo vinculación la actora; condenando en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**COLPENSIONES** refiere que la demandante manifestó que la falta de información radicó en que no se le explicaron las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, sin embargo, que las características se encuentran en la Ley 100 de 1993, la cual impone su conocimiento a todos los afiliados del sistema de pensiones, por lo que no es dable alegar la ignorancia como excusa; asimismo, que en lo que concierne al deber de información que recae en cabeza de las administradoras de pensiones, es menester que las demandantes no desconocen su existencia desde el año 1993, pero, que los mismos se intensifican con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde el deber de información se transforma en un deber de asesoría y buen consejo, no siendo posible requerir las mismas formalidades en la asesoría previa al traslado desde el momento mismo, toda vez que en el caso en particular, la demandante se trasladó en el año 2004, es decir, con anterioridad al precedente jurisprudencia construido desde el año 2009.

Manifiesta que tampoco se demuestra vicios en el consentimiento al momento del traslado, siendo imposible para dicha data, predecir los ingresos base de cotización de la demandante y calcular una futura mesada pensional, los cuales podrían variar, y que, la demandante se encuentra inconforme por el valor de la mesada pensional, lo que no da lugar a la declaratoria de la ineficacia.

Igualmente, que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, toda vez que el traslado de la demandante impacta la reserva del

sistema pensional, siendo evidente su afectación, máxime, cuando la actora no ha construido un derecho pensional en el RPMPD, generando un menoscabo a la entidad.

De manera subsidiaria, solicita que se confirme la absolución de costas, por cuanto la entidad no tuvo ninguna injerencia en el traslado efectuado por la demandante.

**PORVENIR S.A.** solicita revocar de manera integral la sentencia de primera instancia, al considerar que con la declaratoria de ineficacia se encuentra afectado un principio fundamental, el cual, en este caso, es el de confianza legítima, y además de ello, la autonomía de la voluntad privada frente a la decisión de la demandante, quien se vinculó de manera voluntaria a Colfondos S.A., y seguidamente a Porvenir S.A., sin que hubiese oposición alguna a dichas acciones.

Refiere que la actora no tenía inconformidad alguna, previo a encontrarse próxima a cumplir la edad pensional, momento en que aduce una diferenciación de lo que podría ser su mesada pensional, sin embargo, tales circunstancias no deberían ser dables como una falta de información, aun cuando la demandante mencionó en su interrogatorio de parte, que se entregó información al momento de la vinculación.

Afirma que la demandante ya conocía la información que le permitía la decisión de trasladarse a la entidad, por cuanto esta ya venía de otro fondo privado, evidenciándose un traslado horizontal.

Que en caso de confirmarse la ineficacia, solicita que no se genere la devolución de gastos de administración, u otras sumas adicionales diferentes, dada las circunstancias de su naturaleza, de tracto sucesivo, imposibles de devolución, lo cual generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, entidad que no ha administrado ningún valor en los últimos 15 años.

Igualmente, solicita que se declare el fenómeno prescriptivo frente a los gastos de administración.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y sus contestaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si debe declararse probada la excepción de prescripción, y **vii)** si el traslado entre fondos sanea la nulidad. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS). Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus*

*interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta*

*sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 24 del ítem 12 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Colfondos S.A. diligenciado el 19 de enero de 2004; de igual manera, en la página 66 del ítem 9 obra el formulario suscrito el día 1 de marzo de 2008 por la señora Rosa Yolanda Camacho.

Por otra parte, se recibió interrogatorio de parte de la señora Rosa Yolanda Camacho Galvis, quien manifestó que se trasladó a Colfondos en el año 2004; que a la empresa para la que trabajaba llegó un asesor, quien les indicó que el Instituto de Seguros Sociales, por lo que efectuó el traslado,

partiendo de la buena fe; que para dicha data no conocía los requisitos para pensionarse con el ISS; que se le indicó que tendría una cuenta de ahorro individual, con mayores rendimientos, pudiendo pensionarse con menos años de edad; que se trasladó a Porvenir S.A. cuando le indicaron que se podría pensionar a una menor edad; que al dirigirse a la entidad en el año 2019, se le indicó que se pensionaría con el salario mínimo, pese a su sueldo y comisiones por venta; que en la empresa en la que estaba, realizaron una reunión con todos los trabajadores, donde un asesor de Porvenir S.A. les dio información del fondo; que al momento de la asesoría no pudo hacer preguntas, y que, al considerar que la información era clara, no fue necesario; que al día de hoy conoce los requisitos para pensionarse en el régimen público; que conoce como se liquida la pensión en Colpensiones; que no retornó al ISS hoy Colpensiones, por cuanto al momento en que lo intentó, le manifestaron que no era posible, al haber pasado de cierta edad.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Rosa Yolanda Camacho Galvis asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. en 2008 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de Colfondos S.A y Porvenir S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver*

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho*

*pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los*

*fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Frente a la petición de Colpensiones de manera subsidiaria de mantener la absolución de costas en primera instancia, la sala se abstiene de su estudio, por cuanto dicha decisión no fue apelada por la parte actora, no habiendo lugar a modificación.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

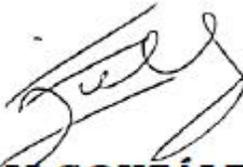
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Rosa Yolanda Camacho Galvis en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105034202000199-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA JOSÉ ECHEVERRI HOYOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Northey Alejandra Huérfano Huérfano, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.074.475 y tarjeta profesional 287.274 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva al Dr. Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

María José Echeverri Hoyos Laverde promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada a Porvenir S.A. el 19 de agosto de 1994, así como la efectuada a Horizonte en 1998; que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados a Colpensiones, quien deberá recibirla como afiliada sin solución de continuidad; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 31 de julio de 1964, contando con 55 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que realizó cotizaciones al ISS desde el 17 de agosto de 1988 hasta el 31 de julio de 1993; que efectuó aportes a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL desde el 3 de agosto de 1993 hasta el 31 de agosto de 1994.

Refiere que fue afiliada a Porvenir S.A. mediante formulario diligenciado el 19 de agosto de 1994, sin que se hubiese proporcionado de manera oportuna información que resultaba imprescindible para construir un acto jurídico de afiliación voluntario.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a Porvenir S.A., que no se encuentra pensionada a la fecha, la petición elevada y su respuesta. Propuso las excepciones de fondo 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 se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, su traslado al RAIS donde actualmente se encuentra vinculada, que actualmente no se encuentra pensionada, le petición elevada y su contestación. Propuso las excepciones de mérito 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, 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 10 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de la señora María José Echeverri Hoyos efectuado el 19 de agosto de 1994 del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A.; condenar a esta AFP a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Porvenir S.A.; condenando en costas a la AFP, y

concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en caso de no ser apelada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

**PORVENIR S.A.** manifiesta que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico aquí debatido, por cuanto la decisión se tomó de manera consciente, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que estaban vigentes para la fecha en que se produjo.

Refiere que en el interrogatorio de parte se puede evidenciar que la demandante al momento de su vinculación ya había terminado las materias en la carrera de derecho, y estaba próxima a graduarse, por lo que no es dable concluir que la señora María José Echeverri era una afiliada lego, pues tenía conocimiento sobre el funcionamiento del régimen pensional.

Frente a la condena de devolver rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, considera que no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, comoquiera que la consecuencia se declarar que el acto no fue celebrado jamás, por lo que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de la AFP tampoco se generaron, recibiendo dineros que no se generan en el RPMPD; por otra parte, que los gastos de administración tienen una destinación por mandato legal una destinación específica. Asimismo, que en lo correspondiente a seguros de invalidez y sobrevivencia debe tenerse en cuenta que estos dineros fueron trasladados las respectivas asegurados contratadas, y con los cuales la demandante tuvo cobertura.

Por último, que desestimada la ineficacia del traslado de régimen, deberá procederse a la exoneración de la condena en costas.

**COLPENSIONES** refiere que un trabajador en virtud de un derecho a la libre escogencia de régimen pensional contemplado en la Ley 100 de 1993, puede optar por el RPMPD o el RAIS, sin embargo, que de encontrar el afiliado que en el que se encuentra no es el que mas le conviene, la misma norma estableció la posibilidad de trasladarse hasta que le faltaren menos de 10 años para pensionarse, aunado a que debe tenerse en cuenta que para la fecha de la vinculación la Superfinanciera establecía una circular donde se indicaba que el diligenciamiento del formulario debía efectuarse para hacerse efectivo el traslado, siendo el único requisito sustancial que exigía la ley para tal data, pues allí se consignaba la voluntad del afiliado.

Asimismo, refiere que la declaratoria de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional, máxime cuando la razón principal de la demandante para retornar a Colpensiones es la diferencia de la mesada pensional, perjudicándose los intereses de la administradora, debiendo eventualmente reconocerse una prestación a futuro.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en las contestaciones de la demanda y las alegaciones presentadas en primera instancia, pretendiendo la absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, y que por su calidad de estudiante de derecho debía conocer **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de ineficacia y la orden de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **v)** si debe exonerarse a Porvenir S.A. de la condena en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

## **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea

jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15*

*años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 49 del ítem 8 del expediente digital obra copia del formulario de traslado de régimen administrado por CAJANAL<sup>1</sup>, a Porvenir S.A. diligenciado el 19 de agosto de 1994; asimismo se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien manifestó que inició su vida laboral en 1988, encontrándose afiliada al ISS; que se trasladó a Porvenir S.A. porque en ese momento se estaban creando los fondos de pensiones, citando a los

---

<sup>1</sup> El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

funcionarios en las instalaciones de la Procuraduría, habiéndoseles afirmado que todos los fondos públicos se acabarían, ya que esta se encontraba afiliada a CAJANAL; que la asesoría no duró más de 20 minutos.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María José Echeverri Hoyos asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando su condición de estudiante de derecho, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno, considerando la sala que su condición de estudiante no la hace experta en el tema pensional, y que podía tomar la decisión correcta sin ilustración alguna.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo

hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 19 de agosto de 1994 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima. (...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como*

*una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

## **DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS**

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

**“CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*(...)*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)*

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Porvenir S.A. para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por María José Echeverri Hoyos en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

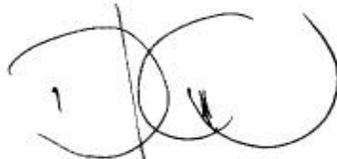
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105038202100199-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de 2023, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ORLANDO VELÁSQUEZ NEMOCÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

Orlando Velásquez Nemocón promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS; ordenar a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados; ordenar a Colpensiones a reactivar su afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre estuvo vinculado al RPMPD; condenar a Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, y al pago de costas.

De manera subsidiaria solicita la declaratoria de nulidad o inexistencia del acto por medio del cual se efectuó el traslado de régimen.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 22 de mayo de 1958, contando con 63 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales – ISS desde el 16 de noviembre de 1977; asimismo, que para el 1 de junio de 2001, y al no recibir información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.

Refiere que además de omitir el deber de información que les asiste a los fondos privados administradores de pensiones, los asesores afirmaron que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPM desaparecería, y que el monto de su mesada pensional sería mejor.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con la fecha de nacimiento del demandante. Propuso las excepciones perentorias que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la Sentencia SL 373 del 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso absolver a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que el a quo señala una nueva teoría frente al proceso de iteración directa entre el empleador y trabajador, aludiendo que el despacho desconoce que en el formulario de vinculación allegado por la administradora se desprende claramente la firma del representante de Porvenir S.A., por lo que, si se da por hecho que se hizo un proceso de iteración directa, ¿cuál es la razón para que el

formulario contenga la firma del asesor de Porvenir S.A.?, quien sería el promotor de efectuar la presente afiliación.

Que de presumirse que el empleador realizó directamente el traslado en calidad de intermediario, se está desconociendo que el intermediario no es un empleador, pues para eso son las empresas de seguros, autorizadas legalmente para realizar un traslado, considerando que el empleador jamás será un intermediario en el régimen de pensiones, inclusive, que de ser así, tendría que demandarse al empleador, siendo la AFP la obligada a suministrar la información de los servicios que presta.

Refiere que la teoría del despacho se ajustaría si no hubiese existido un promotor, sin embargo, que en el caso concreto efectivamente este sí existió, no obstante, que es claro que no pueden reprocharse las actuaciones posteriores del accionante, al considerar que el trabajador tuvo “desidia”, frente a que no averiguó jamás su proceso pensional, imponiendo que la obligación sea del afiliado, sin que haya reproche alguno frente a Porvenir S.A., máxime cuando solo existe un formulario de afiliación, sin que la teoría del despacho de primera instancia tenga un sustento legal o jurisprudencial.

Que tampoco puede exigirse al afiliado que haga uso del derecho de retracto, en cuanto es una persona que fue obligada o coaccionada a firmar, simplemente se le entregó un formulario, independientemente a los actos que el actor hubiese efectuado con posterioridad al traslado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y su contestación, así como lo dispuesto en las alegaciones presentadas en primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso (artículo 66A del CPL y SS) y en caso afirmativo si la llamada a recibirla es Colpensiones.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de

Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda

silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los

elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el ítem 6 del expediente digital obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media a Porvenir S.A. diligenciado con fecha del 6 de marzo de 2001, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

Asimismo, se recepcionó el interrogatorio de parte que absolvió el señor Orlando Velásquez Nemocón, quien indicó que se trasladó de régimen en mayo de 2001; que lo llamaron de la empresa para firmar un formulario de afiliación, y así lo hizo; que no recibió ninguna asesoría por parte del asesor; que cuando firmó el formulario porque tenía que afiliarse a un fondo de pensiones, y cumplir ese requisito; que no lo coaccionaron para que firmara el documento; que no se acercó a preguntar sobre su seguro pensional; que no conocía los requisitos para pensionarse con el ISS; que no se acercó a la AFP a averiguar porque no era de su interés, ya que se encontraba cotizando; que no conoce los requisitos para pensionarse; que su motivo para retornar a Colpensiones; que no ha solicitado una proyección de la mesada pensional; que no sabía que podría tener rendimientos en su cuenta de ahorro; que no pudo leer el formulario de afiliación antes de firmarlo; que la persona encargada de talento humano de la empresa en la que laboraba para la época, lo llamó para que firmara el formulario de afiliación; que no conoce porqué se le suministró dicho formulario; que no interactuó con ningún promotor de Porvenir S.A.; que cuando firmó el formulario, únicamente se encontraba presente el encargado de talento humano; que en ese momento no tenía expectativa alguna de pensionarse, y que no tenía ningún interés de salir del Instituto de Seguros Sociales.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Orlando Velásquez Nemocón asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los

respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 6 de marzo de 2001 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

Y es que difiere este colegiado con lo establecido por el a quo, al manifestar que en el caso concreto no existe omisión de información, por cuanto afirmó el accionante que la vinculación se dio directamente a través de su empleador, lo que conllevaría a que no hubiese existencia a una interacción directa entre el afiliado y la AFP, impidiendo aplicar las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, máxime, cuando en el caso concreto no se debaten las actuaciones del empleador, y no se evidencia un procedimiento de promoción, sin embargo, a criterio de esta corporación, y como en múltiples ocasiones ha sido decantado por la alta corte, la escogencia de un régimen pensional requiere un estudio riguroso sobre las condiciones de cada potencial afiliado, pues eventualmente, podrían lesionarse garantías que ya se encuentran consolidadas.

En suma, considera este estrado que le asiste razón al recurrente, en cuanto no se cuestionó el por qué el formulario diligenciado por el actor se encontraba además suscrito por un representante de la AFP Porvenir S.A., el cual según se verifica, cuenta con el nombre de Alfredo Castro y código

de asesor 80434214, si tal y como se afirmó, la entidad no tuvo interacción alguna con el señor Orlando Velásquez Nemocón o su empleador para dicha data, y es que si bien no hay duda de que en efecto no hubo interacción directa con el afiliado, por cuanto este así lo manifestó en el interrogatorio, ello nos óbice para que la entidad omita proporcionar la información a la que había lugar, pues no existe constancia alguna de que la asesoría se hubiese dado por lo menos a la oficina de talento humano de la empresa que gestionó el traslado de régimen del aquí demandante.

En conclusión, no asiste razón al juzgador de primera instancia en cuanto dispuso la absolución de las demandadas, basándose en que la afiliación si bien se dio de manera irregular, no se dio en un espacio de promoción, considerando que no debía la AFP “perseguir” al afiliado para desmotivar dicho acto.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad y/o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el día 9 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por Orlando Velásquez Nemocón en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación que efectuó el demandante Orlando Velásquez Nemocón a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., el 6 de marzo de 2001, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Instituto de Seguros Sociales.

**TERCERO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e

intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluidos los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

**CUARTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las llamadas a juicio.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia quedan a cargo de las demandadas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105004202100214-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Colpensiones y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FRANCY CÁRDENAS MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**ANTECEDENTES**

Francy Cárdenas Martínez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare que el traslado de régimen del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A. es nulo, por lo que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; que se condene a Protección S.A. a realizar el traslado de sus aportes pensionales junto con los rendimientos y cuotas de administración a Colpensiones; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia y/o invalidez del acto jurídico que generó el traslado de régimen.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 18 de julio de 1969, contando con 51 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se encontraba afiliada al ISS desde agosto de 1989, donde cotizó 638 semanas.

Refiere que el día 1 de febrero de 2004 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por Protección S.A., sin que ningún tipo de asesor comercial de ventas de la entidad, le hubiese informado o señalado algún tipo de características, beneficios o prestaciones económicas que se podía gozar si se trasladaba a dicha administradora.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Protección S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, el número de semanas cotizadas, la fecha de su última cotización, y la petición elevada por la actora. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, innominada o genérica.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones se opuso a las pretensiones que relacionaban a su representada; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, la respuesta elevada a su petición, y su solicitud de afiliación en el año 2020. Propuso las excepciones de mérito que denominó la 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 del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 25 de mayo de 2022, fecha que consta en el audio de la diligencia, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de afiliación de la señora Francy Cárdenas Martínez a Protección S.A. suscrita el 16 de abril de 2004, declarando que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó de régimen de ahorro individual con solidaridad; condenar a Protección S.A. a devolver a

Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimiento, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima debidamente indexados, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a la administradora; ordenar a Colpensiones a que una vez se efectúe lo anterior, acepte sin dilatación alguna el traslado de la demandante al RPMPD; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Protección S.A., concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**PROTECCIÓN S.A.** presenta recurso de apelación de manera parcial, únicamente en lo relativo a que se les ordene a trasladar a Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración y seguro previsional, debiendo tenerse en cuenta que estos conceptos corresponden a comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y en contraprestación de una buena gestión. Refiere que esto genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, máxime cuando no existe una norma que así lo regule.

Frente al seguro previsional, manifiesta que este ha sido girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de invalidez o sobrevivencia, dicha compañía pague la suma adicional con el fin de financiar las pensiones, resaltando que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada ha tenido que ver en el acto suscrito entre las partes, estando en imposibilidad de reclamar esos valores, aunado a que sobre ese 3% opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que exige la ley, que no financia directamente la prestación económica de la demandante.

**COLPENSIONES** manifiesta que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda, en los medios exceptivos propuestos y en los alegatos de conclusión presentados, resaltando que el negocio jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante con la AFP Protección S.A. fue un negocio jurídico totalmente ajeno a la entidad, siendo este un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia en la decisión de la demandante, pues la entidad obligada a suministrar la información clara y completa, es la entidad aquí demanda.

Refiere que el presente proceso debe ser analizado a la luz de la normativa vigente al momento de materializarse el traslado de régimen, lo que significa que únicamente se debe exigir a la AFP el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 666 de 1993, pues, de exigirse a dicha administradora el cumplimiento

de otras obligaciones se estaría desvirtuando el principio de la confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso.

En suma, indica que la declaración de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumplió con los requisitos para poder pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y su contestación respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Protección S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, y **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se

cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.*  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la*

*aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el folio 341 del ítem 8 del expediente digital obra formulario de traslado de régimen a Protección S.A. diligenciado el 17 de diciembre de 2003, con efectividad a partir del 1 de febrero de 2004. Asimismo,

se recepcionó interrogatorio de parte que absolvió la señora Francly Cárdenas Martínez, quien manifestó que inició cotizando en el Instituto de Seguros Sociales, que para la época no tenía conocimiento sobre el tema pensional, y que nunca fue enterada de su traslado, y mucho menos de que es un fondo pensional; que nunca tuvo reunión alguna con un asesor; que el formulario de afiliación lo diligenció la persona encargada de manejar la parte administrativa de la compañía; que firmó el formulario en una reunión que ella hizo; que se sintió coaccionada para firmar el mismo, sin saber a fondo que estaba suscribiendo; que se enteró hace aproximadamente que se hubiese podido trasladar a Colpensiones.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Francly Cárdenas Martínez asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación firmado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa

y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A. el 17 de diciembre de 2003 con fecha de efectividad del 1 de febrero de 2004 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta*

*de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas*

*destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados.

En suma, y frente a la afirmación de la demandada Colpensiones de que la entidad no puede verse afectada por un acto jurídico ajeno, debe ponerse de presente, como ya se estableció, que la declaratoria de la ineficacia tiene como consecuencia la de devolver las cosas a su estado anterior, y que, en caso de considerar que está sufriendo perjuicios por la decisión aquí adoptada, podrá acudir al sistema judicial y efectuar la reclamación de los mismos en contra de la demandada Protección S.A.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Francy Cárdenas Martínez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

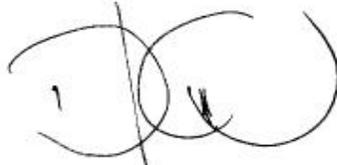
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Protección S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105032202100225-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS HUMBERTO COY DOMÍNGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**ANTECEDENTES**

Carlos Humberto Coy Domínguez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por Protección S.A. el 20 de mayo de 1994, y en consecuencia, se ordene a Colpensiones a recibir a satisfacción la totalidad de los aportes pensionales efectuados, sin que se descuenta costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución; a la actualización de la historia laboral; y al pago de costas del proceso.

Subsidiariamente solicita que se condene a Protección S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez al asegurado, en los términos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 3 de mayo de 1963; que efectuó cotizaciones al ISS a partir del 8 de septiembre de 1986; que al Grupo Dalhom Ltda acudieron asesores de la extinta AFP Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. para el año 1994, con el propósito de adelantar afiliaciones y traslados al RAIS, quienes omitieron generar datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Refiere que su afiliación irregular fue realizada a partir del 1 de junio de 1994, con el diligenciamiento del formulario único de afiliación, donde se omitió el requisito de la firma y huella del representante legal del ex empleador Grupo Dalhom Ltda. Asimismo, que la AFP encargada de las afiliaciones no brindó información veraz, asesoría eficaz, cálculos de los valores para obtener una mesada pensional, afirmando que el ISS iba a desaparecer, generando incertidumbre al respecto.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Protección S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la reunión adelantada por los asesores, la omisión en el formulario de la firma y huella del representante legal del ex empleador Grupo Dalhom Ltda, la respuesta al derecho de petición elevado, y la realización de la proyección pensional. Propuso las excepciones de mérito 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, 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 11 de julio de 2022 el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el señor Carlos Humberto Coy Domínguez a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 20 de mayo de 1994; ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes

efectuados junto con sus rendimientos, al igual, que lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenar a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado, sin solución de continuidad, en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; condenando a Protección S.A. al pago de costas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en caso de no ser apelada la sentencia.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia en su integridad, manifestando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD al faltarle 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo para aquellos beneficiarios del régimen de transición, debiendo las actuaciones de la entidad estar dirigidas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, máxime, cuando en el caso en concreto el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no siendo posible el traslado en cualquier tiempo.

Asimismo, que en virtud del equilibrio financiero, debe tenerse en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia 062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema.

Refiere que para el momento del traslado, la obligación del fondo solo era la de brindar información, siendo el afiliado quien determinaría a que fondo realizar sus aportes a pensión, resultando desmedido exigir al fondo privado realizar una proyección pensional o imponer un deber de asesoría o buen consejo, cuando esto no había sido impuesto en la normatividad vigente.

Solicita que se tenga en cuenta que según lo referido por el demandante, es abogado con posgrado, y aunque no sea experto en lo relacionado con el tema pensional, si tenía una capacidad para ilustrarse y asesorarse mejor, de aclarar dudas sobre su futuro pensional entre los diferentes regímenes, lo que no ocurrió, sino hasta el año 2016 donde indagó cual sería el monto de su mesada pensional en Protección S.A.

Por último, afirma que debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, por cuanto Colpensiones es un tercero en el acto que celebró el demandante y el fondo privado, por lo que la entidad no puede verse ni favorecida ni afectada.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación respectivamente, así como lo dispuesto en las alegaciones presentadas en primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario del régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional -abogado- debía conocer, y, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

## **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado

N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como*

*fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 28 del ítem 9 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A. diligenciado el 20 de mayo de 1994. Asimismo, se recibió interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó ser abogado especializado en derecho penal, desempeñándose actualmente como Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías en la ciudad de Santa Marta; refiere que se afilió a Colmena en 1994, cuando se acercó una funcionaria hasta las instalaciones del Almacén Superdescuentos, manifestándole a un grupo de 8 personas aproximadamente que al trasladarse al RAIS su dinero estaría más seguro, por cuanto el ISS tendería a desaparecer; que la pensión sería de mayor valor que con el régimen público; que tendrían préstamos de vivienda como beneficio; que para dicha época era director de ventas de dicho almacén; que no fue coaccionado a firmar el formulario de afiliación, pero que fue “asaltado en su buena fe”; que le indicaron que sus aportes tendría rendimientos, lo cual aumentaría el monto de los mismos; que los aportes realizados al ISS no se perderían; que conoce cuales son los requisitos para pensionarse en Colpensiones; que en el año 2016 se acercó a una oficina de Protección, a indagar sobre las semanas faltantes en su historia laboral, donde se le informó además que su mesada sería de una

salario mínimo; que se le indicó que podría retirar sus ahorros, por cuanto era su propia cuenta; que no le hicieron ninguna proyección pensional; que empezó a estudiar derecho en el año 1999, para la época del traslado, era bachiller.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando Protección S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Carlos Humberto Coy Domínguez asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando su condición de profesional -abogado- ni el hecho de trasladarse entre fondos, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, sería del caso declarar que la afiliación realizada al RAIS el 20 de mayo de 1994, se torna nula por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando su condición de profesional -abogado-, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información, se insiste, se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Carlos Humberto Coy Domínguez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

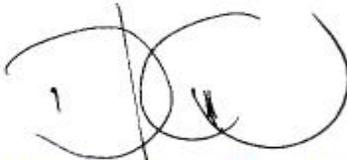
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105039202000307-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA CAROLINA BONILLA POTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., CON MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. COMO LLAMADA EN GARANTÍA.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Belcy Bautista Fonseca, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y tarjeta profesional 205.907 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

María Carolina Bonilla Potes promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del formulario de afiliación del 3 de noviembre de 1998 de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., asimismo, los demás traslados horizontales realizados; que se condene a las demandadas a devolver las cotizaciones o aportes por pensión que fueron recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, quien deberá recibirla como si nunca se hubiera trasladado; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 28 de mayo de 1965, contando con 57 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió por primera vez al sistema general de pensiones en octubre de 1990, a través del Instituto de Seguros Sociales.

Refiere que para el año 1998 los asesores de Porvenir S.A. se acercaron a ofrecerle el traslado al RAIS, señalándole de entrada que no había ningún problema para efectuarlo, que sería más favorable, y que tendría una mejor mesada pensional de la que obtendría en el RPMPD; que para el 12 de diciembre de 2001 se afilió con la AFP Santander hoy Protección S.A., y posteriormente, se trasladó a Skandia S.A. en el año 2003, debiendo las AFP demostrar si cumplieron con el deber legal y jurisprudencial de información necesaria.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la petición elevada por el actor y su contestación. Propuso las excepciones de mérito 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, 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, innominada o genérica.

Protección S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con la suscripción del formulario de afiliación en el año 2001. Propuso las excepciones 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a AFP Skandia, y traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

Skandia S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el hecho 7, donde indicó ser parcialmente cierto, manifestando que el 23 de diciembre de 2003 la demandante suscribió contrato de afiliación con Skandia S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1 de febrero de 2004, encontrándose vigente a la fecha. Propuso las excepciones que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe, y genérica. Asimismo, llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos manifestó en su totalidad no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Por su parte, el llamamiento en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. allegó contestación, manifestando que la totalidad de los hechos no le constan, oponiéndose a cada una de las pretensiones. Propuso las excepciones que denominó los actos jurídicos de traslado y afiliación al RAIS y los posteriores traslados entre AFP sin implicar cambio de régimen pensional, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la afiliada se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitos y válidos, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse al régimen pensional, y reconocimiento oficioso de las excepciones.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 28 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar que el traslado realizado por la señora María Carolina Bonilla Potes del RPMPD al RAIS es ineficaz, y

por ende no produjo ningún efecto jurídico; condenar a Skandia S.A., Porvenir S.A., y Protección S.A. a transferir todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro de la demandante, junto con los valores por rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, sin que sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino a Colpensiones, quien deberá recibir los dineros a los cuales se ha hecho referencia, reactivando la afiliación sin solución de continuidad; denegar el llamamiento en garantía a Mapfre S.A., declarar no probadas las excepciones propuestas, informar a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con los actos declarados ineficaces; condenar a las AFP demandadas en costas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**PORVENIR S.A.** refiere que no comparte la decisión de primera instancia, ni los efectos jurídicos que se le dio a la ineficacia declarada, señalando que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, lo cual implica que habiéndose promulgado una ley esta es conocida por todos los habitantes; manifiesta que el contrato de afiliación no es un contrato de reconocimiento de prestaciones, sino un contrato de administración de recursos, debiendo la demandante conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional sin que se pueda decir que la AFP abusó de su posición dominante, y menos que la demandante esté relevada de probar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, manifiesta que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, de manera subsidiaria solicita que se absuelva a su representada de devolver lo descontado por comisiones y gastos de administración, por cuanto estos son conceptos autorizados a descontar por la AFP como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la parte actora, lo que además, constituiría un reconocimiento de causa a favor de Colpensiones, máxime, cuando no existe norma que regule la devolución de estos conceptos, y que, en caso de que la demandante hubiese permanecido afiliada al RPMPD, estos igualmente hubieran generado descuentos, lo que permite concluir que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, estando sujetos al fenómeno prescriptivo, sin embargo, que en caso de que esta corporación insista en dicha condena, solicita se compense con el remanente de los rendimientos financieros que exceden el mínimo establecido por la Superfinanciera.

**SKANDIA S.A.** presenta recurso de apelación de manera parcial, frente a los numerales que disponen condenar a la AFP a trasladar los emolumentos, especialmente, frente a no descontar los gastos de administración, y a efectuar la devolución del seguro previsional, señalando que existe una norma que de manera taxativa señala cuales son aquellos emolumentos que deben trasladarse en el momento en que opera un traslado de recursos entre regímenes; que la norma no contempla que deba recaer sobre los gastos de administración, lo que tiene una relación armónica con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, dado que dichos recursos o ese 3% tiene una destinación específica y fueron utilizados para la correcta administración de la demandante.

Que de confirmarse la decisión de primera instancia con relación a los gastos de administración, solicita la prescripción frente a los mismos, dado que estos no son un porcentaje para cubrir la pensión de vejez de la demandante y que si son derechos crediticios.

Seguidamente, aduce que la inconformidad con la sentencia de primera instancia, también recae frente a la devolución de las primas o seguros previsionales, solicitando se revoque lo atinente a la devolución de dichas sumas, y la absolución del llamamiento en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros, quien deberá asumir estos pagos y rubros, o en otro caso, reembolsar a Skandia S.A. los mismos, al existir una norma especial que indica que solamente se está obligado a responder por estos conceptos con su propio patrimonio cuando hay mora en el pago de las mismas, lo cual no se materializa en el presente caso, máxime, cuando el contrato de los seguros previsionales ya no surte efecto, debiendo la aseguradora devolver tales conceptos.

**COLPENSIONES** manifiesta que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, en especial, lo atinente a que dicha administradora acepte la vinculación de la demandante al RPMPD, teniendo en cuenta que al momento de solicitar el retorno ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Asimismo, que frente a la no acreditación de los vicios del consentimiento debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte se indicó que no se presentó ningún tipo de coerción para efectuar dicha vinculación, quien conoce en gran medida como funciona el sistema general de pensiones, más aún, cuando efectuó diversos traslados, lo que indicaría que se encontraba conforme con la gestión de administración, decidiendo permanecer en el RAIS por más de 26 años.

Refiere que los fondos privados para dicha data, contaban únicamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, los cuales obran dentro del presente asunto, y que si bien las AFP debieron informar de manera suficiente a la actora, esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas, sin que puedan considerarse todos

los afiliados como inexpertos o incapaces de tomar una decisión acertada, pues conforme a la Corte, existen actividades que dan cuenta que un verdadero de atendimento del afiliado, evidenciando que en el caso concreto, la demandante al momento de la afiliación ya era mayor de edad, plenamente capaz y profesional en administración de empresas.

En suma, refiere que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP debidamente indexados, como quiera que la entidad no podría dar cumplimiento al fallo hasta tanto se reintegren los recursos, y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, Colpensiones, Porvenir S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de demanda, y pidiendo la absolución de las pretensiones incoadas en su contra.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, y que por su calidad de profesional – administradora de empresas – debía conocer, **iii)** si Porvenir S.A y Skandia S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si debe declararse probada la excepción de prescripción, **vi)** si el traslado entre fondos sana la nulidad y **vii)** si debe condenarse a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. a devolver las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

## **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 32 del ítem 12 obra copia del formulario de afiliación a Skandia S.A. diligenciado el 23 de diciembre de 2003; de igual manera, en la página 57 del ítem 15 obra el formulario de traslado de régimen al RAIS administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A.

Por otra parte, se recibió interrogatorio de parte de la señora María Carolina Bonilla Potes, quien manifestó que a finales de 1998 se presentó la AFP a la empresa en que laboraba, solicitando hablar con las diferentes personas del área administrativa; que la asesoría fue de manera individual, la que duró alrededor de 15 minutos; que se le afirmó que el ISS se acabaría, y que sus aportes estaban en riesgo; que es administradora de empresas; que el asesor le indicó que ayudaría a migrar sus aportes realizados a Horizonte; que tendría una cuenta de ahorro individual; que se le habló sobre el bono pensional; que no se le habló sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios; que se le informó que tendría derecho a pensionarse anticipadamente; que hoy conoce los requisitos para pensionarse en Colpensiones; que su motivación para efectuar traslados horizontales se debió a la atención al cliente, refiriendo que Porvenir S.A. le afirmó que estaría en contacto, sin embargo, que después de la afiliación “no volvían a aparecer”; que su motivación para retornar a Colpensiones es el valor de su mesada pensional; que una asesora de la AFP Santander hoy Protección S.A.

fue a su sitio laboral donde recibió una asesoría personalizada, argumentándole que tendría el respaldo de una multinacional con enfoque de servicio; que posteriormente se trasladó a Skandia S.A., por cuanto el asesor había estado contactándola directamente, quien le indicó que este era uno de los fondos más sólidos del mercado, con una atención personalizada que al momento no había recibido; que actualmente no se encuentra pensionada; que cuando se trasladó no conocía los requisitos para pensionarse en Colpensiones; que no solicitó su traslado al RPMPD por los beneficios que le vendieron los fondos privados; que no se le informó sobre sus deberes y obligaciones al estar afiliada a un fondo privado; que recibe extractos por parte de Skandia S.A.; que no existió ningún tipo de coerción para efectuar los traslados; que no fue contactada por su administradora en el año 2007 para recibir información sobre su traslado al RPMPD.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. y Skandia S.A. estaban obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Carolina Bonilla Potes asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando su condición de profesional – administradora de empresas- ni el hecho de trasladarse entre fondos, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A. enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Horizonte S.A. el 3 de noviembre de 1998 y posteriores, se tornan ineficaces, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de Skandia S.A, Protección S.A. y Porvenir S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la*

*ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del*

*Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»*

Ahora, frente a la petición de la recurrente Skandia S.A. sobre condenar a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para que efectúe la devolución de lo cancelado por concepto de seguros previsionales, desde ya establecerá la sala, que es la AFP la entidad encargada de efectuar la devolución de los gastos de administración, incluidos dichos valores, con cargo a su propio patrimonio tal y como lo dispuso el juez de primera instancia, y es que no puede desconocerse que la ineficacia del traslado que ha sido declarada en el presente proceso, corresponde a la conducta indebida de la administradora, lo que no conllevaría a afectar a un tercero que no ha actuado de mala fe.

Inclusive la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en Sentencia SL562-2022, rad. 87239, del 27 de abril de 2022, Mag. Ponente Dr. Gerardo Botero Zuluaga, reiteró lo expuesto en la Sentencia SL del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, donde se indicó que:

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

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

Es por lo anterior, que no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia frente a lo apelado por Skandia S.A.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por último, frente a la petición de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de la entidad, se tiene que la a quo ordenó la recepción de los dineros que le fueren trasladados, lo cual claramente depende de su entrega, sin que se hubiese dado orden alguna frente al reconocimiento y pago de alguna prestación económica, para lo cual, claramente, deberá contar con dichos conceptos en los términos indicados, sin embargo, ello no hace parte del recurso de apelación.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por María Carolina Bonilla Potes en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105039202100343-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Diego Fernando Guerrero Osejo.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Colpensiones y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSALBA QUIROGA DE PEDREROS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Paola Andrea Moreno Vásquez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.536.323 y tarjeta profesional 217.803 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

Rosalba Quiroga de Pedreros promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS; que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a activar su afiliación a pensión, y a recibir la totalidad de las sumas de dinero que le sean devueltas; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que inició a efectuar sus aportes en pensión a través del RPMPD; que realizó su traslado a la AFP Colmena hoy Protección S.A. en el mes de enero de 1995, sin embargo, que dicha administradora no le informó de manera clara y comparada cuales eran las diferencias entre regímenes pensionales, así como tampoco las ventajas y desventajas.

Refiere que pese a que solicitó la nulidad de traslado ante la AFP demandada, esta le indicó que no era procedente acceder a tal petición.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Protección S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la actual afiliación de la actora a la entidad, la petición elevada por la actora y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, innominada o genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la afirmación de la actora de que sus primeras cotizaciones se efectuaron al RPMPD, la petición presentada por la demandada y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 19 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar que el traslado efectuado por la señora Rosalba Quiroga de Pedreros del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 1 de enero de 1995 a través de Protección S.A. es ineficaz, y por ende, no produjo ningún efecto jurídico; condenar a Protección S.A. a que transfiera al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (estas últimas debidamente indexadas), y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino a Colpensiones; ordenar a esta última a recibir los dineros y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; informar a Colpensiones que puede iniciar las

actuaciones judiciales en contra de Protección S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz; condenar a Protección S.A. en costas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**PROTECCIÓN S.A.** presenta recurso de apelación de manera parcial, únicamente en lo relativo a que se les ordene a trasladar a Colpensiones lo correspondiente a las cuotas de administración y seguro previsional, debiendo tenerse en cuenta que estos conceptos son legales, exigibles y vigentes, y que se realizan en ambos regímenes pensionales; asimismo, que estos dineros se encuentran plenamente sustentados, tanto en la cobertura de los riesgos de invalidez y de muerte de la señora Rosalba Quiroga desde 1994 hasta la fecha, así como la generación de los rendimientos que hoy incrementan el capital de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Refiere que si bien la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre estuvo vinculada al RPM, la orden lógica debería estar encaminada a ordenar el traslado de los aportes, y los rendimientos que estos hubiesen generado, toda vez que la rentabilidad en el RAIS por mucho supera la del RPM, incurriendo Colpensiones en un enriquecimiento sin justa causa.

Por último, solicita se aplique la prescripción de los dineros aquí mencionados.

Por su parte, **COLPENSIONES** solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia, aduciendo que debe tenerse en cuenta que la demandante no cuenta con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, la demandada Colpensiones allegó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, bajo los argumentos de la prohibición legal en que se encuentra la demandante para retornar al RPMPD, la no acreditación de los vicios del consentimiento, la descapitalización del sistema, la carga de la prueba y el deber de información para la época en que se dio el traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Protección S.A. está obligada a la devolución de los

gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iii)** si hay lugar a declarar la prescripción frente a los conceptos mencionados por la AFP, y **iv)** si la demandante no cuenta con los requisitos para trasladarse al RPMPD. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

## **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos

de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).*

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la contestación de demanda allegada por la AFP demandada visible en el ítem 13 del expediente digital, obra formulario de traslado de régimen a Protección S.A. diligenciado el 16 de diciembre de 1994.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Rosalba Quiroga de Pedreros asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y

consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A. el 16 de diciembre de 1994 con efectividad a partir del 1 de enero de 1995 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.  
(...)”*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos*

*privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

## **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Protección S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

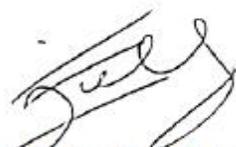
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Rosalba Quiroga de Pedreros en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

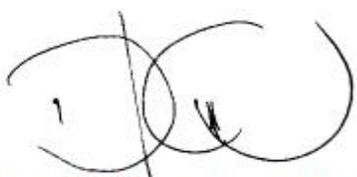
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Protección S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105036202100375-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JAVIER MONCADA VELANDIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**ANTECEDENTES**

Javier Moncada Velandia promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado al RAIS; que como consecuencia de lo anterior se ordene a Colfondos S.A. a trasladar los aportes en pensiones realizados como cotizaciones, gastos de administración, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses, con todos los rendimientos que se hubieren causado, los cuales deberán ser validados e incorporados a la historia laboral por parte de Colpensiones, y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 11 de marzo de 1958, contando con 63 años de edad al momento de la

radicación de la demanda; que comenzó a cotizar al ISS el día 16 de mayo de 1978 hasta el 31 de julio de 1995, fecha para la cual fue trasladado a Colfondos S.A.

Refiere que a la fecha se encuentra preocupado ante la proyección de pensión que recibiría por parte de la AFP a la cual se encuentra afiliado, afectando profundamente su mínimo vital, pues desde el momento del traslado no le fue explicado de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Colfondos S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo el relacionado con la solicitud radicada ante la entidad el 11 de marzo de 2021. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con la petición de la actora a Colfondos S.A. y la falta de información al momento del traslado de régimen. Propuso las excepciones de mérito 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 del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la Sentencia SL 373 de 2021, innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 5 de julio de 2022 el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Javier Moncada Velandia del RPMPD al RAIS, con efectividad el día 1 de agosto de 1995, a través de Colfondos S.A.; ordenar a Colfondos S.A. a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensión SIAFP, y trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, y lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de primas de seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenar a Colpensiones a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante,

declarar no probada la excepción de prescripción, condenando en costas a Colfondos S.A. y Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, por cuanto la entidad solo es un tercero de buena fe; asimismo, que difiere la administradora de las consideraciones respecto a que se acreditó la falta de información o la existencia de un vicio en el consentimiento que pueda invalidar o dejar sin efecto el traslado de régimen realizado por el demandante, pues por el contrario, considera que este se efectuó de manera libre y voluntaria, máxime cuando la codemandada Colfondos S.A. para la época si cumplió con el deber de información que se exigía.

Refiere que si bien es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia traída a colación por el despacho indica que los afiliados al sistema deben recibir información precisa sobre las características de cada régimen, también es importante recordar que el deber de asesoría y buen consejo ha evolucionado con el paso del tiempo, y que para el año 1995 con el fin de vincular a los afiliados las administradoras de los fondos de pensiones no tenían la obligación de realizar simulaciones pensionales.

Adicionalmente, aduce que debe aplicarse la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por razones financieras, y en procura de proteger la sostenibilidad del sistema pensional, aunado a que quien alegue la causal de nulidad debe probarla, sin que sea posible invertir la carga de la prueba de una manera arbitraria, debiendo valorarse el caso concreto del señor Javier Moncada, en cuanto este logró consolidar una expectativa pensional en el RAIS al acreditar más de 1.150 semanas, y el cumplimiento de la edad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y su contestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, y **iii)** si la declaratoria de ineficacia y la orden de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones afecta la sostenibilidad

financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.***  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre

de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos

exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que al interior de la contestación de demanda allegada por la AFP accionada, visible en el ítem 4 del expediente digital, obra copia del formulario de traslado de régimen administrado por Colpensiones a Colfondos S.A., diligenciado el día 17 de julio de 1995. Se recepciona además el interrogatorio de parte del señor Javier Moncada, quien indicó que no era profesional al momento de efectuar el traslado de régimen; que a las oficinas donde laboraba les enviaron un grupo de Colfondos S.A.; que le indicaron que tenían mucha financiación, y que le llamó la atención que en caso de fallecimiento su hijo podría ser beneficiario; que no le indicaron que era una cuenta de ahorro individual, ni los rendimientos; que no le explicaron cómo se calculaba el monto de la pensión en el RAIS; que su afiliación fue libre y consciente; que su motivación para iniciar el proceso se dio cuando quiso solicitar su pensión a la AFP demandada, y le dieron una liquidación que “lo sorprendió”.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Colfondos S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a al señor Javier Moncada Velandia asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula

esta afiliación, máxime cuando la permanencia en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Colfondos S.A. el 17 de julio de 1995 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Colfondos S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

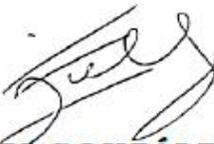
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Javier Moncada Velandia en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

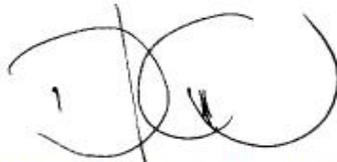
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105007201900451-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **VILMA CRISTINA MEZA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses; no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Diana María Vargas Jerez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y tarjeta profesional 289.559 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

**ANTECEDENTES**

Vilma Cristina Meza Rodríguez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado efectuado en marzo de 1997 de Protección S.A., o

subsidiariamente la ineficacia; que se declare como afiliación válida al sistema general de pensiones la realizada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; que se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados, debiendo contabilizarse para efectos de pensión las semanas cotizadas al RAIS; a lo ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 1 de agosto de 1961, contando con 57 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 6 de febrero de 1979.

Refiere que en el mes de marzo de 1997 se afilió a la AFP Protección S.A., en cuanto sus asesores visitaron las instalaciones de su empleador Camperos de Santander, con el fin de que sus empleados se trasladaran al RAIS, sin embargo, que esta no fue asesorada e informada de manera completa, clara, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las diferencias de los regímenes pensionales.

Afirma la actora contar con un total de 1854 semanas al sistema general de pensiones, y que, pese a que ha solicitado la nulidad ante las demandadas, no ha recibido respuesta positiva.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, y la petición contestada con la entidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, 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, innominada o genérica.

Protección S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la petición elevada a la administradora y su contestación. Propuso las excepciones 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 la prima del 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, innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. presentó allanamiento frente a la prosperidad de las pretensiones que involucre a dicha sociedad, sin que propusiera excepciones previas. Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, el traslado a la AFP representada, la petición que le fuere elevada, y su contestación.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 23 de febrero de 2022 el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Vilma Cristina Meza Rodríguez a Protección S.A. el 19 de marzo de 1997, así como el realizado a Colfondos S.A.; ordenar a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por Colpensiones; condenar a Protección S.A. y Colfondos S.A. a efectuar la devolución de lo descontado por gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes, los cuales deberán ser reintegrados y debidamente indexados; ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD a la demandada; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Colfondos S.A. y Protección S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

**COLPENSIONES** refiere que dentro del expediente no obra prueba alguna que demostrara que se está en la presencia de algún vicio del consentimiento, y que, se evidencia un error frente a un punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia sobre el acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, aunado a que, se ha dado una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues esto ha hecho que la responsabilidad recaiga únicamente en cabeza de las AFP, sin que se exija al demandante aportar algún documento que demuestre la existencia de un vicio.

Menciona la apoderada que debe tenerse en cuenta las obligaciones que están en cabeza de los demandantes, siendo una de ellas, informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, y aprovechar los mecanismos de divulgación para conocer el funcionamiento del sistema, esclareciéndose que existe un silencio permanente por parte de la demandante, pudiendo inferir que la decisión de permanecer en el RAIS es consciente.

Frente a la descapitalización del sistema, aduce que los principios tienen una fuerza legal dentro del ordenamiento jurídico, recalando que nadie

puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados, afectándose la sostenibilidad financiera, poniendo en peligro los derechos fundamentales de los demás afiliados.

**PROTECCIÓN S.A.** presenta recurso de apelación, únicamente frente a la condena de trasladar las comisiones de administración y las primas de seguro previsional, en tanto estos son descuentos autorizados en la ley, aduciendo que al interior del plenario, obra el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que los aportes obtuvieron una ganancia, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados, constituyendo la orden de dicha devolución, un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera se encuentra destinada a financiar la pensión de la actora, trasladando además los rendimientos que fueron fruto de la buena gestión de la AFP, debiendo tener derecho a conservar la comisión, como restitución mutua en su favor.

Asimismo, manifiesta la apoderada que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y financiar las primas del seguro previsional, opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financia directamente la prestación económica por vejez.

**COLFONDOS S.A.** presenta recurso de apelación frente a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que conforme a la buena gestión realizada por la entidad se lograron unos rendimientos, señalando que si se declara la ineficacia y se trasladan los aportes y los rendimientos, estos últimos se equiparán y serán mayor a la suma descontada por gastos de administración, solicitando así la revocatoria de tal condena.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, la demandada Colpensiones y el apoderado de la parte actora remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y su contestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Protección S.A. y Colfondos S.A. están obligadas a la

devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **vi)** si debe declararse probada la excepción de prescripción, y **vii)** si el traslado entre fondos sana la nulidad. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del*

*régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100*

*de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 39 del ítem 4 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Protección S.A. diligenciado el 19 de marzo de 1997.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaban Protección S.A. y Colfondos S.A., obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Vilma Cristina Meza Rodríguez asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que

necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación

presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Protección S.A. el 19 de marzo de 1997 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen*

*de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*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 implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. 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.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas*

*depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»*

Ahora, en cuanto la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho.

## **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que deben reintegrar Protección S.A. y Colfondos S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera

instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

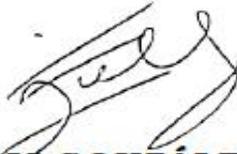
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Vilma Cristina Meza Rodríguez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

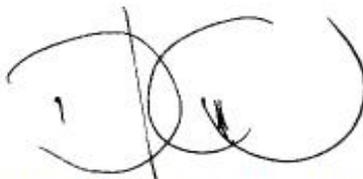
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

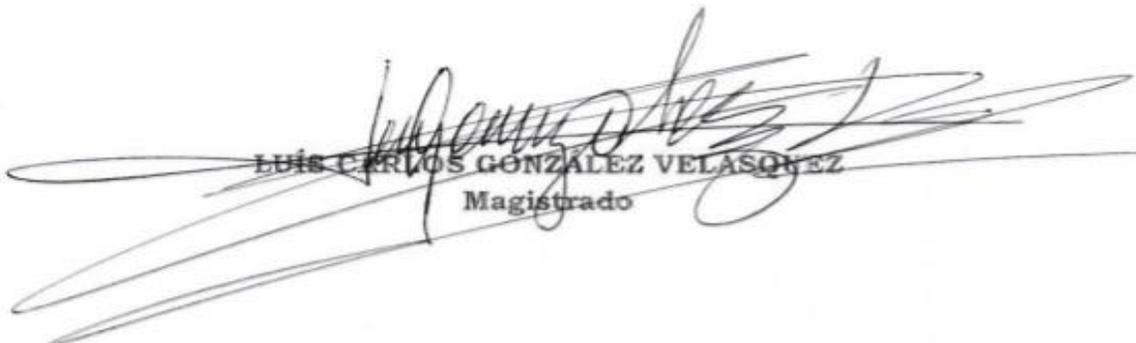
Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105028201900468-01**

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Seguridad Social – Pensión de Sobrevivientes condición más beneficiosa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARÍA PATRICIA DUQUE ECHENIQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** y los vinculados **SEBASTIAN** y **SANTIAGO TORO DUQUE**.

**ANTECEDENTES**

MARIA PATRICIA DUQUE ECHENIQUE, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que el señor OSCAR TORO DUQUE, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, con sus cotizaciones efectuadas al RPM, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, al pago de la pensión de sobrevivientes, a su favor, en su condición de cónyuge del causante, desde el 08 de marzo de 1999, sin perjuicio de los aumentos y nuevas mesadas legales a futuro y hasta que se incluya en nómina de pensionados, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como las costas del proceso.

**Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:**

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, OSCAR TORO DUQUE, se encontraba afiliado al RPM, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, y que, falleció por causas de origen común, el 08 de marzo de 1999, habiendo cotizado 300 semanas antes del 01 de abril de 1994.

Refirió que, convivió con el causante, en calidad de esposos desde el 27 de junio de 1986 y hasta la fecha de su deceso, por lo que, presentó en nombre propio y en representación de sus hijos menores, solicitud de pensión de sobrevivientes ante el extinto ISS, derecho que le fue negado, a través de la resolución 004107 de 1999, donde se reconoció como beneficiaria pensional, pero dijo la demandada, que el fallecido no reunía los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, concediéndole la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Advirtió que, a la fecha de presentación de la demanda, sus hijos son mayores de edad y no se encuentran estudiando.

**Contestación de la demanda**

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio respuesta oportuna a la demanda; se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; en cuanto a los hechos, admitió la mayoría de ellos, argumentando en su defensa, que, el afiliado fallecido, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma vigente al momento de su deceso. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción parcial y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, incompatibilidad intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica y buena fe (archivo No. 08).

**Trámite procesal**

Por auto del 30 de enero de 2020, la Juez de primera instancia, vinculó al proceso como terceros ad excludendum a los hijos del causante y la demandante, señores SEBASTIAN y SANTIAGO TORO DUQUE, previa solicitud presentada por los mismos, en la cual indicaron no tener interés alguno respecto a la prestación reclamada por la demandante (Archivos 12-14).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandante, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite

del causante, señor OSCAR TORO DUQUE, a partir del 08 de marzo de 1999, bajo el principio de la condición más beneficiosa; condenó a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a favor de la demandante, teniendo como mesada pensional para el año 2022, la suma de \$2.604.347, en 14 mesadas, junto con el retroactivo pensional, debidamente indexado el cual ascendió a la suma de \$110.019.247,43 a la fecha de esa decisión; autorizó a COLPENSIONES, para descontar del retroactivo pensional el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, reconocida mediante la resolución No. 004107 de 1999, suma que deberá ser indexada al momento de realizar el descuento respecto, además de realizar los descuentos correspondientes a los aportes al sistema de seguridad social en salud.

También decidió la A-quo, declarar parcialmente probada la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, a partir del 09 de julio de 2019; absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas. No impuso condena en costas.

### **Del recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación, para que se modifique la decisión de primera instancia, en cuanto, a la fecha de la prescripción, que en virtud del artículo 488 del CST, se interrumpe por una sola vez, y comienza a contarse nuevamente a partir del reclamo, por un término igual al señalado inicialmente, en el presente caso ser tomado a partir de la presentación de la demanda, el 09 de julio de 2019; lo que necesariamente incide en el valor del retroactivo pensional, que debe ser superior al reconocido por la A-quo; que, también se deben reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, no se debe analizar el actuar de las AFP, para determinar si actuó de buena o mala fe, sino que dicha condena procede de manera automática, si luego de la petición, la prestación no se otorga dentro del término establecido; además, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, admite el reconocimiento de los intereses moratorios en el caso de pensiones reconocidas bajo el principio de la condición más beneficiosa. Tampoco comparte la autorización para descontar del retroactivo, la suma pagada mediante la resolución 004107 de 1999, teniendo en cuenta, la excepción de compensación no puede decretarse de oficio, sino que debe ser propuesta en la contestación de la demanda, lo que no alegó COLPENSIONES, oportunamente; y que, si el Tribunal, considera que debe mantenerse dicha orden, de manera subsidiaria solicita que, no se ordene la devolución indexada, por ser la demandante, la parte débil de esta relación y que recibió dicha suma de buena fe.

Finalmente, no comparte la parte demandante, la absolución de la condena en costas, que a luz de lo establecido en el artículo 365 del CGP, debe imponerse

a quien resulta vencido en el proceso, independientemente de la buena o mala fe de la Administradora de Pensiones, o los sujetos procesales.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandante presento alegatos de conclusión solicitando confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobreviviente y modificar y revocar la fecha de prescripción de las mesadas y del reconocimiento del retroactivo en favor de la demandante, así como que se acceda al reconocimiento de los intereses moratorios desde la causación de las mesadas pensionales o en su defecto se ordene el reconocimiento de la indexación. Por su parte, la demandada COLPENSIONES guardo silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

#### **Problema Jurídico:**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, la Sala, deberá determinar, en grado jurisdiccional de consulta, si resultó acertada la decisión de la Juez de primera instancia, al reconocer la pensión de sobrevivientes a la demandante, en virtud del principio de la condición más beneficiosa; en caso afirmativo, de acuerdo a lo señalado por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandante, se deberá establecer, i) desde cuando operó la prescripción de las mesadas pensionales; ii) si se debe reajustar el retroactivo pensional; iii) si le asiste a la demandante, el derecho al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; iv) si se debe o no ordenar la devolución del valor pagado a la demandante, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes; y, v) si se debe imponer condena en costas a COLPENSIONES, por ser la parte vencida en juicio.

### **DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**

Solicitó la demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge supérstite del fallecido OSCAR TORO DUQUE, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 08 de marzo de 1999, junto con los reajustes de ley, mesadas

adicionales e intereses moratorios; derecho que le fue negado por el ISS hoy COLPENSIONES, a través de la resolución 004107 de 1999, alegando que el causante, no dejó causada la prestación pensional, por no cumplir con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Dado el momento de fallecimiento del afiliado OSCAR TORO DUQUE, el 08 de marzo de 1999, la norma que soporta las pretensiones de esta acción, es el original artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que establecía:

*“ARTÍCULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

*1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*

*2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

*a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*

*b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

*PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.*

Asimismo, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“ARTICULO 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.*

*b. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;*

*c. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si*

*dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;*

*d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;*

*e. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste”.*

No se discute entonces, que, al momento del fallecimiento del causante estaba vigente la Ley 100 de 1993 original, en cuyo artículo 46 previó la pensión de sobrevivientes, cuando al momento de la muerte del afiliado, éste hubiese cotizado al sistema, por lo menos 26 semanas, o que, si no estaba cotizando, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas en el año anterior a su deceso. Requisitos que el señor TORO DUQUE, no cumplió, pues, su última cotización se produjo en el ciclo abril de 1995, sin que realiza aportes entre dicha data y el 08 de marzo de 1999, fecha de su fallecimiento.

No obstante, dispuso la A-quo, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, ya que, el señor OSCAR TORO DUQUE, dejó consolidado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber reunido los requisitos del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, en tanto había cotizado 566.14 semanas (fl. 16 Archivo 03), es decir, más de 300 semanas durante su vida laboral, como lo establecía la norma en mención, según la cual:

*“ARTICULO 25.- Pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:*

*a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, y ...”.*

*“Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

*a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y*

*b) Haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”*

Respecto al principio de la condición más beneficiosa como regla del principio protector que impera en el derecho del trabajo supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determinada que debe ser respetada en la medida que es más favorable al trabajador, que la nueva norma que ha de aplicarse (art. 53 CP). Esto es que los requisitos que exige la norma anterior para acceder a un derecho deben estar satisfechos al momento de entrar a regir la nueva norma, solo así es viable la aplicación de la condición más beneficiosa, pero no que los requisitos de la norma anterior se puedan cumplir bajo la vigencia de la nueva norma.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL13435 de 2017, precisó lo siguiente:

*“...el ‘principio de la condición más beneficiosa’, (...) entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificar el régimen pensional al cual estuvieran adscritos, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido en sentido riguroso, se ubican en una posición intermedia, habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbi gracia, haber cumplido íntegramente con la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada para obtener una prestación de índole pensional...”*

Así pues, en el tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, en materia de pensión de sobrevivientes, conforme a los artículos 6 y 25 del citado Acuerdo, se requiere de i) trescientas (300) semanas de cotización «en cualquier época» o, ii) ciento cincuenta (150) dentro de los seis (6) años anteriores al deceso, pero, además, en el primer caso, esa densidad se tuvo que alcanzar por el afiliado antes del 1 de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor la Ley 100 de 1993 y, para la segunda hipótesis, esto es, las 150 semanas, serán cotizadas dentro de los seis años anteriores al deceso, si éste ocurrió con anterioridad al 31 de marzo de 2000, porque si fue con posterioridad, las semanas se computarán entre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el momento en que, a partir de allí, finalizan los seis años de aplicación ultra activa. Así lo explicó la máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre otras, en sentencia CSJ SL11548-2015, al señalar:

*“En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.*

*Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacia atrás, y adicionalmente tener esa misma*

*densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento [...]*

*Dos precisiones cabe hacer, entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: La primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1° de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993; la segunda, para quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1° de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.”.*

De acuerdo con las directrices antes fijadas, observa la Sala, que, en el presente caso, el causante realizó cotizaciones en el régimen del ISS, antes como después del 1 de abril de 1994, conforme se colige de los reportes o novedades de semanas cotizadas allegadas al plenario, por un total de 566.14 semanas, de las cuales 514.15 semanas, lo fueron antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, lo cual significa que el causante, contaba con 300 semanas aportadas en cualquier época antes de la Ley 100 de 1993, cumpliendo así con uno de los requisitos del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 6 del mismo acuerdo; por lo tanto, en este caso sí procede la aplicación del principio de la condición más beneficiosa de la demandante MARIA PATRICIA DUQUE ECHENIQUE, en calidad de cónyuge supérstite del señor OSCAR TORO DUQUE, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 27 de junio de 1986 (fl. 14 Archivo 03), sin que se acreditara separación de hecho o disolución del vínculo matrimonial, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado, en cuanto accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.

## **DE LOS INTERESES MORATORIOS**

Alega la demandante, en su recurso, que deben reconocerse los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, no se debe analizar el actuar de COLPENSIONES, para determinar si actuó de buena o mala fe, sino que dicha condena procede de manera automática, si luego de la petición, la prestación no se otorga dentro del término establecido.

Al respecto, sea lo primero señalar que conforme a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 “A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”

Los intereses de mora contemplados en dicho artículo, se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado, cuando no la otorga dentro de los plazos legalmente establecidos para ello; además, conforme a lo señalado por el artículo 1 de la Ley 717 de 2001, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se debe resolver *“a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario con la correspondiente documentación que acredite su derecho”*.

Así entonces, la administradora de pensiones, entrará en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado por ley para el reconocimiento de la prestación, en otras palabras, a partir del día siguiente al cumplimiento de los 2 meses que tiene para dar respuesta a la solicitud pensional; como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, que han abordado el tema, entre otros, es pertinente citar la sentencia con radicación 43564 del 5 de abril de 2011, donde se señaló claramente lo arriba expuesto, diciendo: *“Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional, pero ello es así en condiciones normales, vale decir, cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación (...)”*.

También, advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no hay lugar a imponer intereses moratorios, cuando se otorga una pensión en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la CSJ SL2941-2016), o existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL14528-2014); de ahí que, ante como para la fecha en que la demandante, reclamó el derecho pensional, 16 de abril de 1999, no existía un criterio jurisprudencial uniforme y pacífico, para la aplicación de la condición más beneficiosa en relación a la pensión de sobrevivientes, causada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no procede la imposición de los intereses moratorios deprecados, como lo determinó la A-quo, debiendo confirmarse igualmente la sentencia apelada, en este aspecto.

### **DEL DESCUENTO DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA**

Otro de los aspectos materia de inconformidad de la demandante, es la autorización dada por la Juez primigenia, para que COLPENSIONES, deduzca del retroactivo pensional, el valor cancelado a ella por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, suma pagada mediante la resolución 004107 de 1999, teniendo en cuenta, que la demandada, no propuso la excepción de compensación y ésta no puede decretarse de oficio; sin embargo, advierte que de mantenerse dicha orden, la devolución no debe ser indexada, por ser la demandante, la parte débil de esta relación y que recibió dicha suma de buena fe.

Al respecto, la Sala, considera que, como lo señala la parte demandante, COLPENSIONES, no solicitó dicho devolución, ni la aplicación de la compensación entre el derecho pensional reconocido y lo cancelado por concepto de indemnización moratoria, sin que entonces pueda olvidarse lo establecido por el Legislador en el artículo 282 del C.G.P., al considerar que el Juez no puede reconocer de oficio en la sentencia la excepción de compensación, sin que se halla alegado en la contestación de la demanda, no obstante, el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S. establece que el Juez de primera instancia se encuentra facultado para fallar extra y ultra petita condenando a derechos distintos de los pretendidos, cuando los hechos y pruebas den paso a la discusión que origine tales retribuciones como la devolución de una indemnización sustitutiva.

Ahora bien, la suma de \$5.705.871, pagada a la señora MARIA PATRICIA DUQUE ECHENIQUE, por concepto de indemnización sustitutiva, fue recibido por ella, de buena fe, con el convencimiento de no ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes; sin embargo, es procedente la devolución de lo pagado por tal concepto de forma indexada, ya que, en un caso de similares derroteros la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia de fecha 11 de mayo de 2016 Providencia No. SL 6080-2016; expuso:

*“Importa anotar que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no impide el disfrute de la pensión de sobrevivientes, **dado que lo que procede es la devolución de lo pagado por tal concepto.**”.*  
(Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, cuando previamente se haya realizado el pago de la indemnización sustitutiva a la afiliada o beneficiaria, se debe autorizar a la entidad de seguridad social deduzca de las mesadas pensionales o en su defecto del retroactivo pensional generado, los recursos que han sido entregados a esta, si bien se entienden recibidos de buena fe, no es menos cierto que la pensión a cargo del fondo esta soportada en las cotizaciones del afiliado.

En ese orden de ideas se confirmará el ordinal tercero de la sentencia apelada.

## **DE LA PRESCRIPCIÓN Y EL RETROACTIVO PENSIONAL**

También advierte la demandante, que debe modificarse la fecha a partir de la cual se declaró probada la excepción de prescripción, lo cual, necesariamente modificaría el valor del retroactivo pensional que otorgado.

Al respecto el artículo 151 del CPTSS, sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *“PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador,*

*recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, la demandante, solicitó a COLPENSIONES, el 16 de abril de 1999, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; derecho que le fue negado a través de la resolución 004107 de 1999, siendo a partir de esta última fecha, que la demandante, contaba con el término de 3 años para instaurar esta acción; así las cosas al haber interpuesto la demanda, el 09 de julio de 2019 (Archivo 05), se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 09 de julio de 2016, por lo que, le asiste razón a la parte demandante, en este sentido; lo que, conduce a Sala, a modificar el ordinal cuarto de la sentencia apelada y declarar parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 09 de julio de 2016.

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior, igualmente deberá modificarse parcialmente el ordinal segundo de la sentencia, aclarando que el valor del retroactivo pensional, que, actualizado hasta la fecha de esta sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 283 del CGP, asciende a la suma de \$222.480.662,54.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que solicita la parte demandante, se imponga a COLPENSIONES, por ser la parte vencida en el proceso; al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, evidencia la Sala, que, efectivamente no existe soporte ni legal, ni fáctico para que la demandada sea relevada de su pago, dado que la sentencia de primera instancia, fue adversa a sus intereses, por lo tanto, se revocará el ordinal sexto de la decisión apelada, para en su lugar imponer condena en costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante.

Sin costas en esta instancia, a haberse aceptado parcialmente los argumentos expuestos por la demandada, en su recurso. Se revocan las de primera instancia, que serán a cargo de la demanda.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el ordinal segundo de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá; y, en consecuencia, señalar que, el retroactivo pensional debidamente indexado hasta la fecha de esta sentencia, asciende a la suma de \$222.480.662,54, de acuerdo a lo expuesto en esta decisión.

**SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el ordinal cuarto de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 09 de julio de 2016, conforme a las consideraciones expuestas.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**CUARTO:** Sin **COSTAS** en la alzada. Se revocan las de primera instancia que serán a cargo de la demandada.

### NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105038202000488-01**

En Bogotá D.C., hoy quince (15) de febrero de 2023, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, frente a la sentencia de primera instancia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LEONOR MAGDALENA CLAVIJO PERAZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

Leonor Magdalena Clavijo Peraza promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS administrado por Porvenir S.A.; asimismo, que se declare que su afiliación continua vigente sin solución de continuidad desde el mes de 1989 en Colpensiones; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes realizados, y a Colpensiones a registrarla como afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 14 de julio de 1968, contando con 52 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones al Instituto de Seguros Sociales; que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. en el mes de marzo del año 2000, y que, al momento de ser asesorada, no se le brindó información transparente, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias de

los regímenes pensionales, sin que se le hubiesen informado las consecuencias negativas o positivas de dicho acto.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante. Propuso las excepciones perentorias que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la Sentencia SL 373 del 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

Notificada en legal forma y una vez vencido el término para allegar contestación, la demandada Porvenir S.A. guardó silencio.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 29 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso absolver a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término, la apoderada de Colpensiones allegó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, reiterando la prohibición en la que se encuentra la demandante para retornar al RPMPD.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la ineficacia y/o nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en caso afirmativo si la llamada a recibirla es Colpensiones, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte actora, frente a quien las pretensiones fueron completamente adversas.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el

régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la

afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa el formulario de afiliación diligenciado por la demandante el 26 de abril del año 2000; expediente administrativo allegado por Colpensiones, certificación de afiliación e historia laboral allegados por Porvenir S.A.

Asimismo, se recepcionó el interrogatorio de parte que absolvió la demandante Leonor Magdalena Clavijo, quien indicó que se trasladó a Porvenir S.A. el 26 de abril del año 2000; que su traslado se efectuó en las dependencias de su trabajo, donde se acercó un asesor, quien le indicó que podría pensionarse a cualquier edad, que el ISS se acabaría, y que podría sacar sus aportes en cualquier momento; que no fue coaccionada para firmar el formulario de afiliación; que no se devolvió para Colpensiones porque no tenía ninguna asesoría frente al tema de pensiones; que actualmente no conoce los requisitos para pensionarse con Colpensiones; que su motivación para retornar a Colpensiones es el valor de la mesada pensional; que inició a cotizar en el ISS entre el año 1989 y 1990; que el 27 de enero de 1994 inició a laborar en la Comunidad Cristiana Manantial, donde actualmente desempeña labores, y que, para dicha data, cotizaba en el Instituto de Seguros Sociales; que no se le realizó una proyección pensional en la asesoría efectuada por Porvenir S.A.; que no conoce cuanto tiene depositado en su cuenta de ahorro individual; que es contadora graduada desde el año 2018.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Leonor Magdalena Clavijo Peraza asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que

hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

Y es que si bien advirtió el a quo las irregularidades que se evidencian de las documentales aportadas por Porvenir S.A. una vez se le requirió para que allegara el expediente administrativo de la señora Leonor Magdalena Clavijo Peraza, lo cierto es que ello no es óbice para declarar la absolución de las demandadas, máxime, cuando Porvenir S.A. no compareció al proceso con la intención de desvirtuar las pretensiones incoadas en su contra.

Precisado lo anterior, se tiene que este colegiado evidencia al interior del plenario formulario de afiliación suscrito por la actora el 26 de abril del año 2000, donde consta que la misma estaría efectuando un traslado de la AFP Colpatria a Porvenir S.A.; certificado de la AFP en la que indica que la señora Leonor Magdalena Clavijo Peraza se encuentra afiliada al fondo desde el 1 de agosto del año 1994, historia laboral donde se indica como tipo de vinculación “traslado de AFP”, y fecha de efectividad el 1 de junio del año 2000, así como que su historia laboral consolidada demuestra que la actora efectuó cotizaciones con Porvenir S.A. a partir del mes de agosto de 1994 con el empleador Iglesia Manantial de Vida Eterna.

Así las cosas, y analizadas las documentales en conjunto, no puede desconocerse que el problema jurídico del presente caso, gira entorno a establecer si la AFP llamada a juicio proporcionó la información necesaria al momento de efectuar el traslado, sin desconocer, que si bien consta en el formulario de afiliación una vinculación inicial a Colpatria, dicha AFP es hoy Porvenir S.A., por lo que sin duda alguna, era dicho fondo el encargado de desvirtuar las pretensiones presentadas en el escrito de demanda, inclusive, debería contar con el formulario de afiliación inicial.

Por lo previamente expuesto, difiere este colegiado con lo establecido por el a quo, quien manifestó que la señora Leonor Magdalena Clavijo podría interponer una nueva acción, exponiendo los hechos frente a la afiliación relacionada con la AFP Colpatria, aun cuando el fondo encargado de demostrar que se brindó la información necesaria tanto en el traslado inicial, como el efectuado en el año 2000, fue convocada en el presente juicio.

En conclusión, no le asiste razón al juzgador de primera instancia en cuanto dispuso la absolución de las demandadas, habiendo lugar a su revocatoria.

Frente a la fecha del traslado inicial, este colegiado declarará la ineficacia del traslado efectuado el 1 de agosto de 1994, pues si bien no se aportó el

formulario de afiliación donde conste dicha data, si obra certificación de la AFP Porvenir S.A., en la que se establece que la misma lo fue a partir del día, mes y año en cita.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad y/o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el día 29 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por Leonor Magdalena Clavijo Peraza en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación que efectuó la demandante Leonor Magdalena Clavijo Peraza a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., el 1 de agosto de 1994, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Instituto de Seguros Sociales.

**TERCERO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluidos los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

**CUARTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las llamadas a juicio.

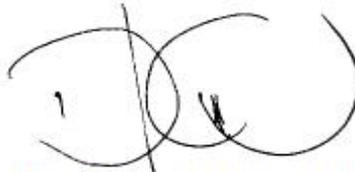
**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia quedan a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
**Magistrado**