



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Luz Aleida Ruiz Díaz
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Modifica, revoca parcialmente y confirma
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-021-2021-00575-01 11001310502120210057501

En Bogotá DC, a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Aceptar el impedimento propuesto por el Doctor Marceliano Chávez Ávila en razón a los motivos que lo sustentan, dado que su cónyuge fungió como apoderada de la parte demandante en el proceso de la referencia; lo que estructura la causal objetiva de impedimento prevista en el numeral 3° del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del art. 145 del CPTSS. Razón por la cual el Magistrado se aparta del conocimiento del trámite en segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en aras de la recta e imparcial administración de justicia y en su lugar se reintegra la Sala de Decisión con el Dr. Luis Carlos González Velázquez.

En la fecha indicada la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Luis Carlos González Velásquez, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Luz Aleida Ruiz Díaz** en contra de las recurrentes.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir el 1 de marzo de 1997; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 9-10 pdf. 01 C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 20 de noviembre de 1964, se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir SA el 15 de enero de 1997 con efectividad el 1 de abril de 1997; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Que a los 47 años no le dieron la asesoría para retornar al RPM, quedando inmersa en la restricción de los 10 años. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación a Porvenir SA, quien le negó el traslado, por lo que luego agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, siendo despachada negativamente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA al contestar aceptó los hechos relativos a la edad, el IBC para el año 2021, la petición de ineficacia del traslado a ellos elevada, la respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no le constaban los relativos a, las semanas cotizadas, ni a las apreciaciones subjetivas o de los ejecutados por un tercero, y

negó los referentes a la indebida información al momento de traslado, a su vez explicó que la mesada pensional a obtener en el RAIS depende de los aportes y rendimientos que el afiliado genere en su cuenta de ahorro individual, y que la diferencia de mesada pensional en los diferentes regímenes no acredita un vicio del consentimiento, así mismo que a la fecha de traslado no existía la obligación de entregar cálculos y proyecciones acerca de su futuro pensional.

Para derrumbar las pretensiones formuló como excepciones las de prescripción, y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pdf. 12, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, el agotamiento de la reclamación administrativa, a los demás hechos dijo que no le constan por tratarse de conclusiones o apreciaciones subjetivas, o basarse en documentos o hechos de un tercero ajeno a esa entidad.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (pdf. 14, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 19 de enero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ ALEIDA RUÍZ DÍAZ al régimen de ahorro individual el 30 de enero de 1997, con fecha de efectividad a partir del 01 de marzo de esa misma anualidad por intermedio de HORIZONTE, HOY PORVENIR SA; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz y hasta que se efectúe su

pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ ALEIDA RUÍZ DÍAZ. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente. (...)

Juzgó que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró con suficiencia haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, apeló la sentencia en cuanto no se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia porque la demandante realizó válidamente su traslado al régimen pensional de manera voluntaria y sin presiones, y de acuerdo a la normatividad vigente para ese momento; no demostró actuar con mediana diligencia para validar la información otorgada. Que han demostrado la buena fe en sus actuaciones y por ello no hay lugar a la indexación de los valores objeto de condena, porque con la devolución de los rendimientos del capital se compensa la depreciación de la moneda.

Colpensiones manifestó que la demandante realizó su traslado libre y voluntario de acuerdo con las solemnidades normativas vigentes para la fecha del traslado, y quien manifestó en su interrogatorio conocer las características del RAIS; que se

encuentra en la imposibilidad de retorno al RPM; que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media de quien no ha estado afiliada por más de 20 años; que, se absuelva de la condena en costas al no haber participado en el acto de traslado, sino que actúa como un tercero de buena fe. Y que se condicione el cumplimiento de sentencia, al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Porvenir SA** reiteró las razones del recurso; que la inconformidad de la demanda con el monto de la mesada pensional es insuficiente para viciar el traslado al RAIS; esbozó que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales porque tienen una destinación específica con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, y fueron invertidas conforme con la estructura del RAIS (pdf. 013 C002).

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión (pdf. 011 *ídem*).

Colpensiones insistió en los argumentos esgrimidos en la sustentación del recurso (pdf. 06 *ídem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Luz Aleida Ruiz Díaz al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 20 de noviembre de 1964 (pág. 21 pdf 01 C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 21 de marzo de 1991, hasta el 31 de enero de 1997 (pág. 41 - 53 pdf 14 *ídem*); iii) el 1 de marzo de 1997 se trasladó al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 15 de enero de 1997 (pág. 29 pdf. 12, *ídem*), como se acredita con la certificación de Porvenir SA (pág. 30 *ídem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1.187 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 31 pdf. 12 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que

la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta

obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Que deben trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, y que conocía ambos regímenes; la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, en cuanto a la inconformidad del fondo con la orden impartida en primera instancia consistente en ordenar a la AFP, devolver a Colpensiones todos los conceptos indexados, se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por consiguiente, se modificará el numeral **segundo** para ordenar únicamente la indexación de los conceptos denominados: gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, y precisar que la actualización de los aportes tendrá lugar en el caso de que la AFP respectiva, no ponga a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados dentro del plazo otorgado para ello.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. COSTAS

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se revocará parcialmente, modificará y confirmará.

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia dada la prosperidad parcial del recurso para ambas recurrentes, tanto Porvenir SA como Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de enero de 2023 dentro del proceso promovido por Luz Aleida Ruiz Díaz contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; en el sentido de ordenar a Porvenir SA que restituya los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Los aportes solo deberán ser indexados en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo de **-1 mes-** concedido en la sentencia de primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar:

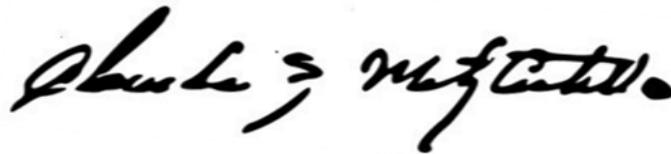
QUINTO: Condenar en costas de primera instancia a la demandada Porvenir SA a favor de la demandante. Líquidense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de Porvenir SA. Sin lugar a condena en costas a Colpensiones.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

CUARTO: Sin costas en esta segunda instancia, por los motivos antes expuestos.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



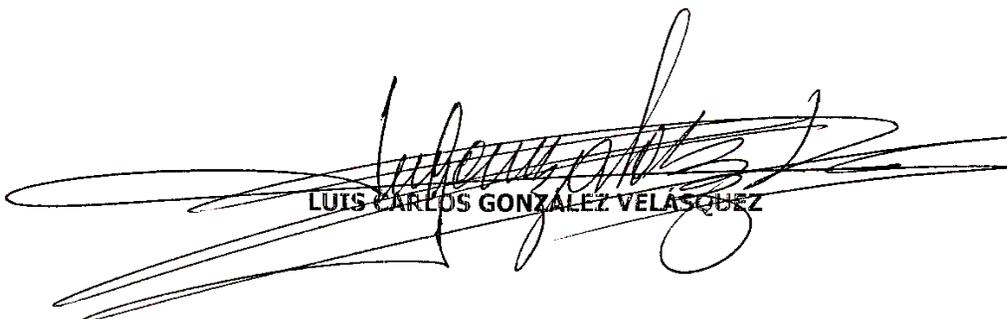
CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Juan Carlos Rincón Escobar.
DEMANDADA:	Colpensiones, Protección SA y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-004-2021-00543-01 11001310500420210054301

En Bogotá DC, a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Aceptar el impedimento propuesto por el Doctor Marceliano Chávez Ávila en razón a los motivos que lo sustentan, dado que su cónyuge fungió como apoderada de la parte demandante en el proceso de la referencia; lo que estructura la causal objetiva de impedimento prevista en el numeral 3° del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del art. 145 del CPTSS. Razón por la cual el Magistrado se aparta del conocimiento del trámite en segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en aras de la recta e imparcial administración de justicia y en su lugar se reintegra la Sala de Decisión con el Dr. **Luis Carlos González Velázquez.**

En la fecha indicada, la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Luis Carlos González Velásquez, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor Juan Carlos Rincón Escobar en contra de Colpensiones, Protección SA y Porvenir SA.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en mayo de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS, se encuentra viciado en su consentimiento por haber sido inducido a error, tras no ser informado de las consecuencias negativas o positivas que tiene dicho régimen en comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD; en consecuencia, solicita se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados en su cuenta de ahorro individual, y que a su vez se condene a Colpensiones a recibir estos aportes, y que lo registre como un afiliado al RPMPD (pág. 9, arch. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM, desde julio de 1988; que en mayo de 1999 tomó la decisión de trasladarse a AFP Colpatria hoy Porvenir SA, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz.

Así mismo, asevera que, en octubre de 2001, se trasladó al fondo ING Pensiones, hoy Proteccion, mientras que, afirma que, en diciembre de 2014, retorna nuevamente a Porvenir SA.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la petición que elevó el 19 de octubre de 2021, la respuesta que emitió el 11 de noviembre del mismo año donde se niega lo solicitado, y se le indicó la fecha en que se afilió ante esta administradora, y que la misma ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación, aunado a que en ningún momento le ha violentado sus derechos fundamentales como infundadamente lo afirmó, razones

por las cuales no expresó que no resulta jurídicamente procedente declarar inválida o nula la afiliación al RAIS; y, por último en cuanto a la fecha en la que solicitó el traslado de régimen es decir para el año 2021, contaba con 58 años de edad (Págs. 2 a 6, Arch. 07, C01).

Por otro lado, se opuso a lo pretendido, por considerar que informó al actor de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses; y con ello formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2-23, arch. 07, *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la petición que elevó el día 19 de octubre de 2021 de la reclamación administrativa, la respuesta emitida mediante radicado BZ2021_12477281-26501161 del 21 de octubre de 2021; que en la fecha en la que solicitó el traslado de régimen es decir para el año 2021, contaba con 58 años de edad; de los demás hechos dijo no constarle porque las circunstancias relatadas son ajenas a esa entidad, y que deberán ser objeto de debate probatorio (págs. 2-4, arch. 08, C01).

Por otro lado, se opuso a las pretensiones del demandado y en su defensa propuso como excepciones la de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado y la genérica (págs. 19-26, arch. 08, *ídem*).

Proteccion aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, que se afilió a ING el 24 de octubre de 2001; que en la fecha en la que solicitó el traslado de régimen es decir para el año 2021, contaba con 58 años de edad; de los demás hechos dijo no constarle porque las circunstancias relatadas son ajenas a esa entidad, y que deberán ser objeto de debate probatorio (págs. 2-4, arch. 08, C01).

Por otro lado, se opuso a las pretensiones del demandado y en su defensa propuso como excepciones la 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes y la genérica (págs. 19-26, arch. 09, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **JUAN CARLOS RINCÓN ESCOBAR** a la **AFP** Porvenir, realizada en el año 1999. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP** Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP** Protección S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas Protección y Porvenir. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1/4 y 1/2 de smmlv, respectivamente.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que no se probó que aquella hubiera suministrado información objetiva al accionante en los términos señalados en el precedente aplicable, tal como las características, ventajas

y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; destacando que esta obligación existía desde la creación del sistema de Seguridad Social y que dentro de este contexto son las AFP quienes tienen la carga de demostrar que brindaron la información exigida por la Ley (audio archivo 19, C01).

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe tener en cuenta la inversión de la carga de la prueba, la cual, no debe recaer en cabeza de la AFP demandada, dado que el actor contaba con los medios para entender, ilustrarse y asesorarse de una mejor manera. Además, que la negativa de recibir nuevamente al afiliado se basa en cumplimiento de un deber legal, y que la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de Prima media del régimen de ahorro individual con solidaridad afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados y por tal razón, solicitó revocar la sentencia de primera instancia (audio archivo 19, del 59.31 a 1.01.21, C01).

Porvenir SA, expuso como fundamento del recurso de apelación que el demandante al momento del traslado era una persona capaz y, por tanto, su decisión de trasladarse fue libre, voluntaria e informada, y sin ningún tipo de apremio. Además, que este no elevó ningún tipo de duda durante 15 años. Afirma que debería estar obligada únicamente a entregar los rendimientos que hubiesen tenido los aportes del demandante de haber sido administrados por el RPM, considerando que la demandada tenía la absoluta convicción de que el demandante se encontraba debidamente vinculado a dicha administradora. Por último, consecuente con la solicitud de absolución, pide que se releve a la demandada del pago de costas del proceso (audio archivo 19, del 53.55 a 59.27, C01).

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Colpensiones** argumentó que, no se logró demostrar que la afiliación al RAIS adoleciera de algún vicio en el consentimiento, y que no es posible de un empleador direccionar la voluntad de sus trabajadores para que se acojan a un régimen pensional determinado, ratificando que esa decisión es exclusiva del afiliado al realizar su traslado de forma libre y voluntaria (arch. 06, C02).

La apoderada de la parte **demandante** solicitó que, **se confirme la decisión de la primera instancia, el cual, según su dicho fue** ajustado a derecho, y en consonancia al precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia (arch. 08, C02).

La apoderada de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación; por otro lado el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta que dicho traslado reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que correspondían en materia de información atendiendo lo parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento; señaló que el demandante conto con múltiples oportunidades para regresar al RPM ya que al normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, es decir no contaba con ningún limitante para retornar; agregó también que el monto de la mesada pensional no puede ser un factor suficiente para ser considerado como un elemento que vicie la voluntad del demandante.

Por último respecto del pago de la devolución de los gastos de administración, que tienen una destinación específica, la cual fue cumplida, esas sumas ya fueron debidamente invertidas y no hacen parte de esta administradora; en cuanto a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, se tiene que estas fueron trasladadas a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura; por lo dicho resaltó que estas sumas no se deben trasladar al RPMPD dado que, durante el periodo de afiliación del demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS (arch. 10, C02),

Finalmente, en lo que corresponde a las agencias en derecho, al desestimarse la ineficacia de traslado de régimen pensional y la devolución de dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual, también se desestimara la condena en costas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Juan Carlos Rincón Escobar al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 16 de marzo de 1963 (pág. 40 arch. 01 C01); ii) cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde julio de 1988, hasta mayo de 1999 (pág. 46-50, arch. 01, C01); iii) el 31 de mayo de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Colpatria, Pensiones y Cesantías (págs. 49, arch. 07, C01); que luego, se afilió a la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección el 05 de enero de 2002 (Pág. 18, arch. 09, C01); que nuevamente, retornó a Porvenir mediante afiliación de fecha 18 de diciembre de 2014 (Pág. 48, arch. 07, C01); en el que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1516 semanas conforme la historia laboral aportada (págs. 31-46, *ibid.*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

El segundo aspecto a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante*

elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas».

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

De tal manera que, al haberse indicado por el actor que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba al demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Siguiendo las reglas de la prueba, como el afiliado alegó la falta de información, la falta de claridad o la mala entrega de la misma por la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, afirmación respaldada en el artículo 1.604 del Código Civil, que señala: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha usado*».

De tal manera que el actor, al afirmar que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba al demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Debido a que son éstas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era Porvenir SA quien debía probar en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto Porvenir SA afirmó al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida de manera suficiente para el caso (arch. 07), y en sus alegatos hizo hincapié en que la demandante tenía conocimiento de ambos regímenes, la Sala no encuentra acertada tal objeción, porque el demandante al momento de ser interrogado fue claro en manifestar que no recibió la información completa, que el solo firmó el formulario y que lo realizó por la condición económica en que se encontraba el ISS en su momento, y que, en caso de firmar con la AFP, sus aportes iban a generar unos rendimientos.

Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado, aseveró que, si bien diligenció el formulario, dejó claro que su consentimiento informado.

En consecuencia, no hay prueba de la asesoría que en su momento le brindó la AFP Colpatria hoy Porvenir SA, entidad que tenía la carga de probar que realmente suministró la información al momento de la vinculación que implicó el traslado de régimen. Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Así las cosas, en el caso a estudio concluye la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al

traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Es claro que, al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, a la cual se opuso el apoderado de Porvenir SA, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Según el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del

Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. CONDENA EN COSTAS A LA PARTE VENCIDA EN JUICIO

Son las costas procesales los gastos económicos sufragados por parte que venció en juicio, y que deben ser declarados por el Juez de conocimiento en la sentencia en contra de la parte vencida.

En el caso examinado, la apoderada de Porvenir SA atacó la condena en costas bajo el supuesto de su actuar de buena fe y de acuerdo a las disposiciones vigentes para la época en que se efectuó el traslado; no obstante, ello debe recordársele a la profesional del derecho que la sentencia accedió a las pretensiones de la demanda.

La norma que consagra la condena en costas se encuentra consagrada en el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, que precisa:

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. (...)"

Por lo que las costas procesales están relacionadas con los gastos necesarios o útiles para el desarrollo de las actuaciones procesales, y que siempre se liquidan en favor de la parte que venció en juicio, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 366 del CGP aplicado por la analogía del art. 145 del *ibidem*.

La CSJ en Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión, ha manifestado al respecto en proveído AL2924-2020

Es pertinente recordar, que las costas son aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto, que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, para este caso, lo es el extremo activo. De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).

En congruencia con los argumentos antes expuestos, la decisión de la juez al condenar en costas a Porvenir SA es ajustada a derecho, por lo que deviene su confirmación.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 23 de noviembre de 2022 dentro del proceso promovido por Juan Carlos Rincón Escobar contra AFP Porvenir, AFP Protección y Colpensiones, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor de demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

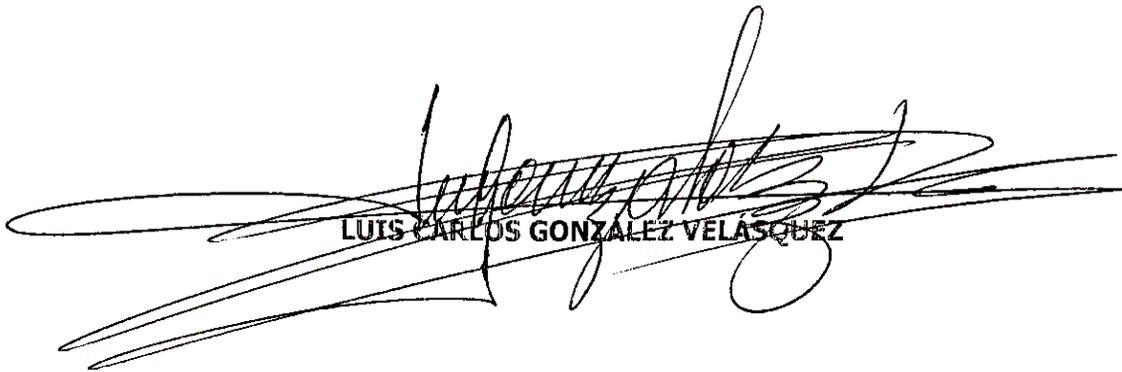
Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ