



DEMANDANTE:	Iza Lucía Roldán Modrak y Carlos Arturo Contreras Támara
DEMANDADA:	Colpensiones y el Banco de la República
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y ENLACE	11001310502320210064101 11001310502320210064101

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de los demandantes, contra la decisión adoptada por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario que promovieron Iza Lucía Roldán Modrak y Carlos Arturo Contreras Támara contra Colpensiones y el Banco de la República.

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

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

Los demandantes convocaron a juicio al Banco de la República y a Colpensiones, con el propósito de que el Banco de la República les reanude el pago de la mesada pensional dejado de cancelar desde el 31 de diciembre de 2019; y que se ordene repetir contra Colpensiones los valores que estén a su cargo; costas y agencias en derecho (pág. 3, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

En respaldo de sus pretensiones, señalaron que el Banco de la República le reconoció a la señora Iza Lucía Roldán Modrak pensión de jubilación voluntaria, compartible con la pensión legal de vejez que el ISS, hoy Colpensiones, le otorgó a partir del 1 de junio de 2005, según Resolución 5462 del 28 de marzo de 2008, pero el pago de la mesada y del mayor valor debía efectuarse por intermedio del Banco de la República.

En el caso del señor Carlos Arturo Contreras Támara recibe pensión de jubilación, a partir del 1 de noviembre de 1993, como resultado de la conciliación celebrada ante el Juzgado Único Laboral del Circuito de Sincelejo, bajo las mismas condiciones, garantías y limitaciones que tenían las pensiones reconocidas por el Banco de la República.

Aseveraron que el Banco de la República les canceló hasta el mes de diciembre de 2019 la mesada pensional, cuando Colpensiones asumió el valor de la pensión de vejez; pero a partir del mes de enero de 2020 las demandadas dividieron el pago de la mesada sin comunicarles esa decisión, lo que llevó a que la señora Iza Lucía Roldán Modrak a que agotara la reclamación administrativa ante el Banco de la República y Colpensiones solicitándoles que la primera retomara el pago de la mesada pensional; solo la administradora de pensiones respondió negativamente a su petición.

Por su parte el señor Carlos Arturo Contreras Támara agotó la reclamación administrativa ante el Banco de la República en el mismo sentido, desatada de forma insatisfactoria; y luego ante Colpensiones, sin obtener respuesta a la fecha de interposición de esta demanda (pág. 1-3, ídem).

Admitida la demandada, y aceptado el desistimiento (pdf. 17, ídem) se recibió contestación por parte de Colpensiones en los siguientes términos:

1.3. CONTESTACIÓN

Banco de la República, al contestar la demanda admitió los hechos referentes a, la pensión de jubilación voluntaria que reconocieron a los demandantes y la

formalidad bajo la cual se les otorgó la prestación; y aclaró que tanto la pensión de la señora Iza Lucía como la del señor Carlos Arturo Contreras son de carácter compartido, la de la primera reconocida en la convención colectiva de trabajo y la del señor Contreras establecida en el Decreto 758 de 1990, el agotamiento de la reclamación administrativa por parte de la señora Iza Lucía Roldán Modrak, advirtiendo que sí le dieron respuesta como consta de los anexos de la demanda, y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma negativa por el señor Carlos Arturo Contreras Támara; de los demás hechos dijo que no son ciertos o que no le consta por ser ajenos a la entidad.

Para enervar las pretensiones de la demanda formuló las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación pretendida, legalidad de la actuación del banco, buena fe, prescripción y la genérica (pdf. 09, ídem).

Colpensiones aceptó los hechos relativos a, el reconocimiento de la pensión de jubilación compartible con la pensión de vejez a ambos demandantes por el Banco de la República, a la señora Iza Lucía Roldán Modrak, por convención colectiva, el reconocimiento de la pensión de vejez compatible con la de jubilación por esa entidad al señor Carlos Arturo Contreras Támara, que el pago de la pensión se efectuó hasta el mes de diciembre de 2019 por el Banco de la República de acuerdo a los valores cobrados a Colpensiones, y que a partir del mes de enero de 2020 se dividió el pago en la cuota correspondiente a cada entidad, el agotamiento de la reclamación administrativa por la señora Iza Lucía Roldán Modrak ante el Banco de la República, y agotada ante esa institución resuelta de forma desfavorable; de los demás dijo no constarles o no ser ciertos.

Presentó como excepción previa la de falta de competencia por indebido agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones.

Formuló oposición a las pretensiones de la demanda, y para derruirlas propuso las excepciones de fondo inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y la genérica (pdf. 10, ídem).

El juzgado en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, declaró probada la excepción previa de fatal de competencia por falta de agotamiento de la reclamación administrativa respecto de las pretensiones invocadas por Carlos Arturo Támara a Colpensiones.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante proveído del 30 de noviembre de 2022 absolvió al Banco de la República y va; a Colpensiones de la pretensión incoada en su contra por Iza Lucía Roldán Modrak y Carlos Arturo Contreras Támara por cuanto declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por la pasiva y, condenó en costas a cargo de los demandantes y en favor de los demandados.

Resolución a la que llegó tras determinar que la pensión convencional reconocida a cada uno de los demandantes, se hizo en virtud de la compartibilidad, y si bien el Banco de la República (a quien le quedó a cargo la mayor parte de la mesada) inicialmente acordó el pago total a los pensionados conforme la cuota parte que le recobraba a Colpensiones, no existe fundamento legal alguno que le imponga la obligación de seguir pagando la totalidad de la pensión, cuando el acuerdo o convenio interadministrativo ya perdió vigencia.

Así mismo señaló que como la pensión de jubilación se causó después del 17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigor del Decreto 2879 de 1985, la pensión de jubilación es compartida; por lo tanto, el Banco de la República solo está obligado a pagar el mayor valor sobre la mesada de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, y como ambas entidades han venido cumpliendo con esas obligaciones en favor de cada uno de los demandantes, sin menoscabo de sus derechos, pues que se haga en forma separada y en fechas diferentes no implica una afectación de los derechos pensionales.

1.5. RAZONES DEL RECURSO

La parte **demandante** recurrió en apelación la decisión de primera instancia, con fundamento en que se desconoció el precedente jurisprudencial de la SCL plasmado en la sentencia del 26 de junio de 2012, radicado 38614 que consagra el principio de indivisibilidad de la mesada pensional, y la Ley contiene la obligación de pagar total y directamente sin fraccionamiento alguno del pago, sin que haya una compartibilidad pensional que se aparte o desvirtúe este criterio. Y que se le exonere de las costas impuestas a favor de Colpensiones por haber sido desvinculada por el señor Carlos Contreras.

II. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado de la parte **demandante** reiteró los argumentos expuestos ante el juez, y señaló que por ser la costumbre una fuente de derecho del trabajo, conforme al artículo 19, si desde hace más de 10 años los demandantes percibieron el pago íntegro de su mesada pensional por el Banco del República, debe continuar de la misma manera, conservando la facultad de repetir contra Colpensiones por el valor que corresponda (pdf. 06, C02).

El **Banco de la República**, solicitando se confirme la decisión de primera instancia, y que el convenio interadministrativo que contrajeron con Colpensiones implica una obligación que la forma de pago de la pensión deba seguir de la misma manera; que esa entidad ha cumplido con el pago oportuno del mayor valor que le corresponde sin que exista un detrimento para los pensionados; aunado a que la sentencia en que se fundamentó el apoderado del demandante, no aplica en este caso porque no se trata del pago de la por cuotas partes, sino que se trata de la compartibilidad pensional que opera por ministerio de la ley (pdf. 08, ídem).

Según constancia secretarial, Colpensiones no describió el traslado para alegar en segunda instancia (pdf. 09, ídem).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de consulta en favor de los demandantes de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso a estudio, fue acertada o no la decisión del juez de primer grado absolver a la demandada de las pretensiones invocadas en razón de que las pensiones de jubilación otorgadas a los actores se

concedieron bajo la compartibilidad y por ende cada entidad debe asumir el pago del menor o mayor valor que le asiste.

3.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos y por lo tanto se excluyen del debate probatorio los siguientes: (i) el reconocimiento de la pensión de jubilación especial al señor Carlos Arturo Contreras Támara a través de Conciliación celebrada el 6 de octubre de 1993 (pág. 21-24, pdf. 04 ídem); (ii) el reconocimiento de la pensión de vejez por Colpensiones a la señora Iza Lucía Roldán Modrak conforme consta en la Resolución N° 005462 del 28 de marzo de 2008 (pág. 26 – 27, pdf. 04 ídem); (iii) y al señor Carlos Arturo Contreras Támara según resolución N° 011880 del 30 de mayo de 2006 (pág. 28-29, ídem); (iv) comunicación enviada por el Banco de la República a los demandantes informándoles que el convenio interadministrativo para efectuar el pago de la pensión compartida con Colpensiones finalizaría el 31 de diciembre de 2019, y que el pago de la pensión lo retomarían Colpensiones y el Banco en caso de existir un mayor valor conforme a la pensión de jubilación (pág. 30-32, ídem); agotamiento de la reclamación administrativa; por el señor Carlos Arturo Contreras Támara ante el Banco de la República (pág. 8-9, pág. 17-20 pdf. 04, y de la señora Iza Lucía Roldán Modrak ante el Banco de la República (pág. 10-13), y ante Colpensiones (pág. 3-4, ídem); por lo que la sala abordará el problema jurídico propuesto.

3.4. DE LA COMPARTIBILIDAD CON LA PENSIÓN DE VEJEZ

En consideración a los preceptos antes citados, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar un caso donde se discutía la compartibilidad de la pensión de jubilación reconocida por el Banco de la República, y la de vejez reconocida por el ISS, en su sentencia del radicado 23854 del 28 de febrero de 2006, señaló:

Quiere decir lo anterior que el Tribunal, por estar considerando la inteligencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 de ese mismo año, no obstante dar por probado que la pensión convencional de jubilación discutida se causó con anterioridad a la vigencia de esa normatividad, es decir, en el año de 1983, dejó de aplicar al caso las disposiciones que lo gobernaban, esto es, el Acuerdo 244 de 1966, aprobado por Decreto 3041 de la misma anualidad, en su artículo 60, y los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que permitían inferir que la dicha prestación, no por prever un mayor porcentaje o valor al establecido legalmente, pero sí por contemplar los requisitos contemplados en la normatividad para la constitución del derecho en cuanto al tiempo de servicio y la edad del trabajador, 20 y 55 años, respectivamente, tenía el carácter de legal.

Por lo anotado, se casará el fallo sin que en sede de instancia haya lugar a mayores consideraciones, dado que, no siendo tema de discusión que la pensión de jubilación le fue concedida al actor, conforme a la cláusula convencional 18, por prestar 20 años de servicio y cumplir 55 años de edad, a partir del año de 1983 (folios 3, hecho 7, 32 y 137); así como que la de vejez le fue otorgada por el Instituto de Seguros Sociales por haberlo afiliado su empleador desde el 2 de enero de 1969 (folios 11 y 45), se impone concluir que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 60 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 del mismo año, dicha prestación es de naturaleza legal. De suerte que, al empleador corresponde asumir, apenas, el mayor valor que resultare entre dichas pensiones, por no ser posible, para este caso, conforme a tales disposiciones, la subrogación total de la obligación del empleador tal y como lo informan los autos se ha venido cumpliendo y en últimas lo aceptó el juzgado a quo, por lo que se confirmará su fallo." (Subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 contempla la figura de la compatibilidad de las pensiones extralegales de jubilación y dispone que:

Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado."

Establece así la Corte, los criterios para la subrogación de la obligación, pudiendo en algunos casos estar subrogada total o parcial la prestación, es decir, que desde el momento en que la prestación de vejez es asumida por el ISS, hoy Colpensiones, desaparece la obligación del empleador jubilante de continuar pagando las mesadas pensionales al extrabajador, y solo queda a cargo del mayor valor que resulte de la mesada reconocida por Colpensiones.

El aspecto nuclear del recurso consiste en determinar la procedencia o no de restablecer por la vía judicial el convenio interadministrativo que celebraron el Banco de la República y Colpensiones en virtud del cual la primera sumaría el pago total de la pensión de vejez, para luego recobrar a la segunda y que se extinguió por voluntad de ambas entidades, tal como lo explicaron a los demandantes en las comunicaciones de 25 de marzo y del 19 de enero de 2021.

En otras palabras, la ex empleadora Banco de la República no está omitiendo su obligación de responder por la carga pensional, sino que decidió realizar el pago solo del mayor valor de la mesada pensional que le corresponde, decisión que está

ajustada a lo normado en los Decretos 2879 de 1985, y 758 de 1990, inclusive, para el caso de la señora Iza Roldan, es acorde a lo previsto en el artículo 27 de la Convención Colectiva.

De otra parte, el análisis de la conciliación que reconoció la pensión de jubilación especial al señor Carlos Contreras, tampoco se extrae de ese convenio que el Banco de la República esté obligado a unificar los pagos de la pensión de jubilación y el mayor en una solo depósito, menos si en su portal web la entidad informa que la cesación de ese convenio a partir del mes de enero de 2020, acaeció por solicitud de Colpensiones, por lo que, adelante pagaría exclusivamente el mayor valor a su cargo.

Así las cosas, fue acertada la decisión del *a quo* al declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, y en consecuencia deviene la confirmación de la decisión de primera instancia.

3.5 COSTAS DEL PROCESO

En torno a la inconformidad del apelante por la condena en costas de en favor de Colpensiones, es claro que al haberse declarado la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa del demandante Carlos Contreras ante Colpensiones, en aplicación del numeral primero del artículo 365 del CGP, por la remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, se modificará el numeral tercero parcialmente para aclarar que las costas en primera instancia a cargo del demandante Carlos Arturo Contreras Támara, solo proceden a favor de la demandada Banco de la República.

Sin condena en costas de segunda instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso interpuesto por la parte 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. RESUELVE:

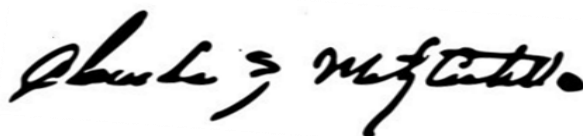
PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 30 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Iza Lucía Roldán Modrak y el señor Carlos Arturo Contreras Támara en contra de Colpensiones, en el sentido que la condena en costas en primera instancia a cargo del demandante Carlos Arturo Contreras Támara, solo proceden en favor de la demandada Banco de la República; de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta segunda instancia, por los motivos expuestos en la parte motiva.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Rubén Darío Rodríguez Castellanos
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirma sentencia.
RADICADO Y LINK:	11001310500420210050701 11001310500420210050701

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Rubén Darío Rodríguez Castellanos** en contra de **Porvenir y Colpensiones**.

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 se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante

RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los aportes que tiene su cuenta de ahorro individual; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 5, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, en la actualidad cuenta con 61 años, que su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones desde el 30 de mayo de 1977; el 1 de agosto de 1996 se trasladó al RAIS a través de Porvenir SA,. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento el fondo privado le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, ni que era beneficiario del régimen de transición; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen que fue resuelta desfavorablemente (pág. 1-2, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones en su contestación, admitió los hechos referentes a la fecha de afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), 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, y la innominada o genérica (pág. 2 - 19, pdf. 19, idem).

Porvenir, presentó oposición a las pretensiones de la demanda; solo admitió el hecho de que, el actor tiene su afiliación activa a ese fondo, los demás los negó o manifestó no constar de los mismos. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 2-23, pdf. 14, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de RUBÉN DARÍO RODRÍGUEZ CASTELLANOS a la AFP PORVENIR, realizada en agosto de 1996, por los motivos expuestos. 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 a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los 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 de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: 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. Esta orden deberá cumplirse dentro del término de los 15 días siguientes al termino señalado en el numeral anterior.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1 SMLMV. 677

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

Conforme a la decantada jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que procedente era declarar la ineficacia en la medida en que la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información que siempre ha existido en cabeza de las AFP desde su creación; por cuanto no allegó ninguna prueba de haberle suministrado al actor la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz, clara y completa con respecto a cada una de las características de los regímenes vigentes, al momento de su afiliación al RAIS o de

su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, y mucho menos que conociera las implicaciones del traslado. Y que Colpensiones no probó la excepción que formuló de descapitalización del sistema, que queda cubierta con los conceptos que se ordenan trasladar del RAIS.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que, el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado para retornar al RPMPD; que se cumplió con el deber de información para la fecha de afiliación del actor, quien pudo haber consultado las normas que regulaban el RAIS antes de su traslado; que no se encontraba en ninguna prohibición para efectuar el traslado; que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los afiliados al sistema, por cuanto sería el patrimonio público con el cual se asumiría la pensión del actor, quien solo efectuó cotizaciones al régimen privado.

Porvenir, el apoderado expresó su inconformidad parcial con respecto al numeral segundo de la sentencia, en cuanto a orden de indexación sobre las sumas a devolver a Colpensiones, por cuanto los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor no se vieron afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, éstos generaron rendimientos muy superiores al que hubieran obtenido en el RPMPD.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia, y que no se le imponga condena en costas, en caso de modificarse el numeral segundo, porque no se estaría cambiando el sentido de la sentencia, y que se mantenga la condena en costas a la demandada (pdf. 06, C02).

El apoderado de **Porvenir SA**, insistió en los argumentos expuestos en primera instancia para la revocatoria de la sentencia; señalando a su vez que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que el demandante pudo haberse trasladarse oportunamente; que la diferencia en el

monto de la mesada pensional a percibir entre ambos regímenes no es argumento para acceder a la ineficacia, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD (pdf 05, idem).

Según constancia secretarial Colpensiones no recorrió el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso 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 Rubén Darío Rodríguez Castellanos 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 18 de febrero de 1958 y cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 30 de mayo de 1977, hasta el 27 de enero de 1985 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 4, pdf. 12, idem); ii) se trasladó al RAIS administrado por Horizonte, hoy Porvenir mediante la suscripción del formulario de fecha 17 de agosto de 1996 (pág. 73, pdf. 14 idem), iii) con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1996, según consta en el certificado expedido por Porvenir con afiliación activa desde el 1 de octubre de 2002 y como se corrobora en el formato SIAFP (pág. 122, 71, idem); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado y retorno a dicha administradora (pág. 27-29, pdf. 03 idem).

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.

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 debe estar 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 la afiliada 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 la afiliada 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, 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 del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el actor adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Porvenir, la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación recae en el fondo, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a el 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 se invierte en ese caso en razón de 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, en razón de 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, por cuanto 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 del cumplimiento del 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 dla afiliada, 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 de la AFP 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 la libera 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).

Desde su creación, 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 informar de 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 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.

Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir, insistió en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que le incumbía informarse por sus medio respecto del traslado de régimen que iba a efectuar y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió. Observándose que en su interrogatorio manifestó que no tuvo contacto con ningún asesor de porvenir, no le explicaron que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones los rendimientos que este genera, que el monto de la pensión está basado en el capital acumulado, ni el capital que debía tener acumulado para obtener la pensión, ni de la devolución de saldos, que a los 52 años no le advirtieron que estaba próximo a entrar en la prohibición de ley para cambiarse de régimen. Es decir, que por ningún medio probatorio el fondo privado demostró que le hubieran explicado de manera minuciosa las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo se evidenció que conocía las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba el cambio de régimen.

Bajo tales premisas, 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 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.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; cuando es legítimo que **Porvenir** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional que se ha venido construyendo desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, MP Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, MP Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, MP 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, MP Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 MP Gerardo Botero Zuluaga.

Amén de que los conceptos a trasladar del RAIS a Colpensiones sobre los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, se impone en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes.

En torno a la censura al reconocimiento de la indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones, se advierte, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros

establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante junto con sus rendimientos, más los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que 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.

2.6. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó el juez, que 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.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se confirmará en todas sus partes.

Costas de segunda instancia a cargo de las recurrentes Porvenir y Colpensiones y en favor del demandante, por haber sido vencidos en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada uno de las recurrentes, Porvenir y Colpensiones 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,

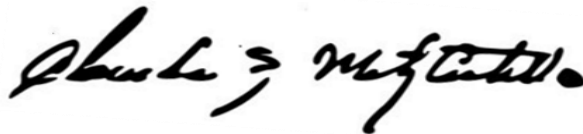
IV. DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 4 de septiembre de 2023 dentro del proceso promovido por **Rubén Darío Rodríguez Castellanos** contra la AFP Porvenir y Colpensiones; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de las recurrentes Porvenir y Colpensiones y en favor del demandante, por haber sido vencidos en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada uno de los recurrentes, Porvenir y Colpensiones y, en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcs-my.sharepoint.com/:f/q/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErWsoC20HaRNImDDhbEAFLOBCGJfu13R7D3gMAQPE95FVg?e=QNDqzc



DEMANDANTE:	Luz Dary Muñoz
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revocar parcialmente y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310501020200027401 11001310501020200027401

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (pág. 09; pdf.09, C02) se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora Luisa Fernanda Rodríguez Bonilla, con Tarjeta Profesional 236.106 del Consejo Superior de la Judicatura y, al doctor Luis Eduardo Calderón Pastrana, en representación de AFP Porvenir SA, identificado con la Tarjeta Profesional 406.112 del C.S.J (pág. 10 – 41; pdf. 08; C02).

En Bogotá DC, a los treinta (30) día de abril de dos mil veinticuatro (2024) la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **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 Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Luz Dary Muñoz** 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 nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir acaecido en el mes de abril de 1999; se declare que ha 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 las cotizaciones a los seguros de invalidez, vejez y muerte junto con sus rendimientos y, a Colpensiones a recibir los aportes, así como, actualizar la historia laboral; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 80 - 81 pdf. 01 C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 03 de octubre de 1986, hasta el 31 de marzo de 1999; se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir SA el 01 de abril de 1999; pero que esa decisión no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto le brindaron una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Expresó que, solicitó la nulidad de su afiliación y retorno al RPM a Porvenir SA, quien le negó el traslado, por lo que posteriormente agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, que también fue despachada desfavorablemente (pág. 81-85, pdf. 01, ídem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA al contestar aceptó los hechos relativos a, la fecha de nacimiento, la afiliación al RAIS, las semanas de cotización, la solicitud de cotejo entre el régimen de pensiones público y privado, y de actualización de la historia laboral, la petición de información y, la respuesta al requerimiento. De los demás hechos, dijo que, no le constan en su mayoría, por haber sido realizados por un tercero ajeno a ese fondo, y negó los que se refieren una indebida información al momento de traslado. Para derrumbar las pretensiones formuló como excepciones de fondo las de prescripción general y de la

acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 40-43; pdf. 19, C01).

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados con, fecha de nacimiento, periodo de cotización en el RPM y RAIS, agotamiento de la reclamación administrativa, de los demás dijo no constarle por ser 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 prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (pdf. 8 – 10; pdf. 17; C001).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2023, dispuso:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora LUZ DARY MUÑOZ a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 15/02/1999 a AFP PORVENIR S.A., en consecuencias del traslado de régimen, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora LUZ DARY MUÑOZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ DARY MUÑOZ, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiere descontado a la demandante durante sus vinculaciones a, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta de periodos o ciclos cotizados, IBC, cotizaciones, rendimientos interese, bonos, y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados

en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral de la demandante LUZ DARY MUÑOZ para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS, y una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PORVENIR S.A.; así mismo debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas AFP PORVENIR, y COLPENSIONES conforme a lo expuesto.

Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de AFP PORVENIR S.A. la suma de \$ 1.150.000 y como agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES la suma de \$ 350.000 a cada una.

SEXTO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a Colpensiones de conformidad art 69 CPT”.

Reflexionó que conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en razón de 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 bajo el argumento que, 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 con la normatividad vigente para ese momento; sumado a que tenía a su alcance la Ley 100 de 1993 para dilucidar las ventajas y desventajas de cada régimen; además advirtió que la accionante no desplegó la mediana diligencia para validar la información otorgada. Insistió en que tiene derecho a conservar las utilidades derivadas de su actividad, por cuanto actuó como agente oficioso involuntario, acto seguido, solicitó que se le exonerará del pago de los gastos de administración y de los seguros previsionales, ya que, las primeras fueron destinados conforme lo preceptuado por Ley y las segundas, están en poder de las aseguradoras. Finalmente señaló que no hay lugar a ordenar la indexación

de los valores objeto de condena, porque con la devolución de los rendimientos del capital se estaría compensando 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 de la afiliación; destaco que, como sujeto ajeno a la relación jurídica entre la AFP Porvenir SA y la demandante, los efectos inter partes del contrato no pueden cobijarlo, de forma que, se vea favorecida o perjudicada por la declaratoria de ineficacia del traslado, por último, acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la descapitalización que sufre el fondo común.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, habida cuenta que, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal, toda vez que, está próxima a cumplir la edad de pensión, por otra parte, no obra en el acervo probatorio algún vicio de consentimiento que de origen a la nulidad, pues en caso de configurarse, está ya fue saneada mediante ratificación, además, alega no estar obligado a lo imposible y, que la carga de la prueba del deber de información recae en el deudor, esto es, en el afiliado, también señala que, el deber de doble asesoría surgió con ocasión de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, aunado a que, la obligación a cargo de las AFP no es excluyente con el deber de los afiliados de ilustrarse sobre el régimen pensional escogido, para finalizar, recalca que dicha decisión puede conllevar a la vulneración de la seguridad social a raíz de la descapitalización del sistema pensional (pdf. 09; C02).

La apoderada de **Porvenir** insistió en los argumentos esgrimidos en la sustentación del recurso (pdf.08; *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 la juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Luz Dary Muñoz 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 10 de agosto de 1965 (pág. 49; pdf 19; C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 10 de agosto de 1993, hasta el 30 de abril de 1999 (pág. 03; pdf 22; *ídem*); iii) el 1 de abril de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 15 de febrero de 1999 (pág. 45 pdf. 19, *ídem*), como se acredita con la certificación de Porvenir SA (pág. 52 *ídem*); iv) administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1316 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 53; *ídem*); agotamiento de la reclamación administrativa (pág. 77-78, *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.

2.5 PROBARON LOS FONDOS PRIVADOS LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA AL AFILIADO

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, se invierte en ese caso en razón de 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 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 hay que 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, 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, así como que conocía ambos regímenes; la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que, en el interrogatorio manifestó que, la asesoría brindada por el fondo fue insuficiente, habida cuenta que, solo le informaron que podía pensionarse cuando quisiera, de ahí que, se advierta la supresión de otros factores como el capital, las cotizaciones a la cuenta individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales, además de, observar un escaso conocimiento frente al derecho de retracto, aportes voluntarios, modalidades de pensión y pensión de sobrevivientes, de esta manera, saltando a la vista, un entendimiento vago o somero de las características de ambos regímenes, así como de las ventajas, desventajas y consecuencias que comprendían su traslado.

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.

2.6. 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.

Por ende, no comparte la Sala los argumentos expuestos por la apoderada judicial de Porvenir SA relativos a que no procede la orden de indexación de las condenas, ante tales reparos se conceptúa que sí hay lugar a ordenarla sobre 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 como la 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.

Ello se corrobora en el entendido que los rendimientos de los aportes con los cuales alegan los recurrentes se compensa la pérdida del valor adquisitivo de los aportes, dependa de que los mismos se causen y si se tiene en cuenta que son factores de que dependen de las variables económicas del mercado, pueden causarse o no, por ello ante la falta de certeza de su existencia, es con la indexación que se solventa.

Tampoco son de recibido los argumentos expuestos por la mandataria de Porvenir SA, relativos a la no devolución de las cuotas de administración y de los seguros previsionales, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada sin atender a motivos de que su actuación estuvo revestida de buena fe por su gestión (SL2048-2023).

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

2.7. 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.

2.8. COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, con relación a la condena de agencias en derecho impuestas en primera instancia a **Colpensiones**, debemos tener en cuenta que la misma se emite en su contra, pero no por su actuar negligente u omisivo, sino como consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a dichas costas procesales, 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 y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y Colpensiones en favor de la demandante, por haber sido vencidas en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y Colpensiones en favor de la 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: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de septiembre de 2023 dentro del proceso promovido por Luz Dary Muñoz contra las AFP Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de septiembre de 2023 dentro del proceso promovido por Luz Dary Muñoz contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones, por los motivos antes expresados.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y de Colpensiones y en favor de la demandante, por resultar vencidos en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada una y a favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ei-gCygKlnhOv6p_Kjx0JGEBYaOHyBYWatrAEN171iHdoA?e=UwoGyq



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

DEMANDANTE:	Olga Inés Piedrahita Rosero
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502020220048201 11001310502020220048201

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Olga Inés Piedrahita Rosero** en contra de **Porvenir y Colpensiones**.

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 se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin

solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los aportes que tiene su cuenta de ahorro individual; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 5, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones desde el 14 de julio de 1986 hasta el 30 de abril de 1994; En mayo 1994 se trasladó al RAIS a través de Porvenir SA., Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento el fondo privado le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, ni que era beneficiario del régimen de transición; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen que fue resuelta desfavorablemente (pág. 6-7, *ídem*).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones en su contestación, admitió los hechos referentes a la fecha de afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló 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 indefinida, 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. (pág. 19 - 34, pdf. 05, C01).

Porvenir, presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió el hecho de que, la actora se afilió en el año 1994 y que tiene su afiliación activa a ese fondo, los demás los negó o manifestó no constar de los mismos. Formuló como excepciones de mérito las de: buena fe, ausencia de requisitos legales para que

declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (pág. 2-24, pdf. 14, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 16 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora OLGA INES PIEDRAHITA ROSERO a la AFP PORVENIR el 11 de abril de 1994 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR aseguradora de la demandante OLGA INES PIEDRAHITA ROSERO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de OLGA INES PIEDRAHITA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Conforme a la decantada jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que procedente era declarar la ineficacia en la medida en que la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información que siempre ha existido en cabeza de las AFP desde su creación; por cuanto no allegó ninguna prueba de haberle suministrado a la actora la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz, clara y completa con respecto a cada una de las características de los regímenes vigentes, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, y mucho menos que conociera las implicaciones del traslado. Y que Colpensiones no probó la excepción que formuló de descapitalización del sistema, que queda cubierta con los conceptos que se ordenan trasladar del RAIS.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que, la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado para retornar al RPMPD; que Colpensiones es un tercero de buena fe y que cumplió de manera diligente con sus obligaciones, por ende, solicita se le absuelva de la condena en costas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones manifestó que la demandante se encuentra en la imposibilidad de retorno al RPM estipulada en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que para la fecha del traslado solo le era exigible el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, así como que la demandante tenía la responsabilidad de haberse informado sobre las consecuencias de permanecer en un fondo privado, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media. Debido a esto, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. (pdf. 08, C02).

La apoderada de **Porvenir SA**, solicitó se tenga en cuenta que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración a Colpensiones, por cuanto los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora no se vieron afectados por el fenómeno inflacionario y que, por el contrario, éstos generaron rendimientos superiores al que hubieran obtenido en el RPMPD. (pdf 09, *ídem*).

La accionante **Olga Inés Piedrahita Rosero** mediante apoderado manifestó que se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia toda vez que la AFP Porvenir SA, incumplieron el deber brindar información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre ambos regímenes, por lo que, su traslado al régimen pensional resulta inválido; que además se demostró que actuó bajo el principio de la buena fe. Debido a ello, solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación y de 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 Olga Inés Piedrahita Rosero 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 14 de noviembre de 1964 y cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 14 de julio de 1986, hasta el 30 de abril de 1994 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 74, pdf. 12, C01); ii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de fecha 11 de abril de 1994 (pág. 117, pdf. 04 *ídem*), iii) con fecha de efectividad del 01 de mayo de 1994, según consta en el certificado expedido por Porvenir con afiliación activa desde el 01 de mayo de 1994 y como se corrobora en el formato SIAFP (pág. 108, pdf. 04, *ídem*); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado y retorno a dicha administradora (pág. 27-29, pdf. 03, *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, 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.

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 debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° 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 la afiliada 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 la afiliada 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, 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 del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como en el caso bajo estudio, el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Porvenir SA, deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional

condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, Protección SA debía probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a el 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 se invierte en ese caso en razón de 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, en razón de 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, por cuanto 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 del cumplimiento del 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 de la afiliada, 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 de la AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «/a

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 la libera 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).

Desde su creación, 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 informar de 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 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.

Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

2.5 PROBARON LOS FONDOS PRIVADOS LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA AL AFILIADO

Pasa la Sala a verificar si se cumplió o no con el suministro de la debida información que debió suministrarse al afiliado por cada uno de los fondos demandados, ante ello Porvenir, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, entes que recalcaron que a ésta le incumbía informarse por sus propios medios, respecto del traslado de régimen que iba a efectuar y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió.

Observándose que la actora, en su interrogatorio manifestó que no tuvo contacto con ningún asesor de porvenir, no le explicaron que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones los rendimientos que este genera, que el monto de la pensión está basado en el capital acumulado, ni el capital que debía tener acumulado para obtener la pensión, ni de la devolución de saldos, que a los 52 años no le advirtieron que estaba próximo a entrar en la prohibición de ley para cambiarse de régimen. Es decir, que por ningún medio probatorio el fondo privado demostró que le hubieran explicado de manera minuciosa las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo se evidenció que conocía las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba el cambio de régimen.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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, como se ordenó en primera instancia, sino que en el grado jurisdiccional de consulta, se deberá adicionar para que a su vez se ordena la devolución de 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 que se ha venido construyendo desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, MP Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, MP Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, MP 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, MP Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 MP Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, considera este despacho que de acuerdo a las premisas jurisprudenciales construidas en torno a la ineficacia del traslado de régimen por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para que se ordene a Porvenir SA, a devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes; y precisar que conforme se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la indexación solo podede sobre estos **tres conceptos**.

Distinción que 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.

2.7. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó el juez, que 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en cuanto a la solicitud del recurrente Colpensiones, de que se le absuelva de la condena en costas ordenada en el numeral quinto de la sentencia proferida por el juzgado Veinte Laboral del Circuito, considera este despacho que

se debe tener en cuenta que Colpensiones es un tercero de buena fe y que las condenas impuestas no lo fueron por su actuar negligente u omisivo, sino como consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy 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 confirmará en todas sus partes.

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia, en razón de haber prosperado parcialmente el recurso impetrado por Colpensiones, como única recurrente.

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: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 16 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por Olga Inés Piedrahita Rosero contra las AFP Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 16 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por Olga Inés Piedrahita Rosero contra las AFP Colpensiones, Porvenir SA; 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.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eq05lDid7dJJumaSdw44XlkBfmbx1Xdw604sQzbzwcotsg?e=q3df1S



DEMANDANTE:	Luis Horacio García Cardona
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos SA y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500520220005401 11001310500520220005401

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), **la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Luis Horacio García Cardona** en contra de **Porvenir SA, Protección SA, Colfondos y Colpensiones**.

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 se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS-, inicialmente administrado por las AFP Porvenir SA, y posteriormente sobre los traslados horizontales efectuados a Colfondos

SA y Protección SA; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, bonos y/o títulos a los que hubiere lugar, devolución de los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento y a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes (pág. 4-5, pdf. 02, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD; que, en el mes de septiembre de 1994, se trasladó al RAIS a través de Colpatria hoy Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto a a que en ningún momento el fondo privado le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que bajo estas mismas condiciones posteriormente se afilió a la AFP Protección en mayo de 1997 y luego a Colfondos SA donde aún se encuentra cotizando activamente, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen, solicitud que fue respondida de manera desfavorable (pág. 1-3, pdf. 02, *ídem*).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones en su contestación, admitió el hecho referente al agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló las excepciones de mérito que denominó: la inoponibilidad 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, el error de derecho no vicia en consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, 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 y la innominada o genérica. (pág. 2 - 32, pdf. 09, C01).

Porvenir, presentó oposición a las pretensiones de la demanda; no admitió ninguno de los hechos relatados, sino que los negó o manifestó no constar de los mismos. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 2-26, pdf. 06, *ídem*).

Protección, aceptó lo referente a la afiliación, admitió lo referente a la petición mediante la cual la accionante solicitó la nulidad de afiliación y su respuesta desfavorable presentó oposición a las pretensiones de la demanda; no admitió ninguno de los hechos relatados, sino que los negó o manifestó no constar de los mismos. Formuló como excepciones de mérito las de: 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes. (pág. 2-26, pdf. 06, *ídem*).

En su contestación **Colfondos SA** aceptó los hechos relativos a la fecha de afiliación a la AFP; la contestación negativa a la solicitud de declaración de ineficacia mediante derecho de petición presentado por el accionante, a la información brindada sobre cuál es el monto de mesada pensional que recibirá el demandante; frente a los demás hechos alegó que no son ciertos o no le constan, para derruir las pretensiones formuló excepciones de mérito: 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado la de compensación y pago. (pág. 2-23, pdf. 08, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 27 de enero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora LUIS HORACIO GARCÍA CARDONA a través de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: COSTAS en este caso a cargo de COLFONDOS S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.M.V.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.

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.

Sin embargo, se apartó parcialmente de la línea jurisprudencial en cuanto a las consecuencias del traslado y los conceptos a devolver por parte del fondo privado a Colpensiones, por cuanto no declaró la devolución de los gastos de administración, los valores del fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguro previsional.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, en que se debe devolver a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los gastos de administración, toda vez que, manifiesta que, al retrotraer el estado de las cosas, estas vuelven a su origen y, por ende, no hay motivo para que estos se mantengan en el fondo privado, así como, también alega deben devolver a Colpensiones los valores correspondientes a los conceptos de seguros provisionales y cuotas de pensión mínima, sumas que consideró deben pagarse debidamente indexadas, es por esto que, solicitó se modifique el numeral 2 del fallo de primera instancia.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA**, insistió en los argumentos expuestos en primera instancia señalando a su vez que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladarse oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD (pdf 05, C02).

Según constancia secretarial el demandante, Colfondos SA, Colpensiones y Protección SA no recorrieron el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso 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 Luis Horacio García Cardona 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 17 de agosto de 1964 como se acredita con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 16, pdf. 02, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 15 de septiembre de 1982, hasta el 01 de agosto de 1992 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pdf. 07, GRP-SCH-HL, expediente administrativo); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de fecha 26 de septiembre de 1994 (pág. 77, pdf. 06 *ídem*); iv) posteriormente se trasladó de forma horizontal a Protección SA mediante la suscripción del formulario de fecha 09

de abril de 1997 (pág. 38, pdf. 07, *ídem*), con fecha de efectividad del 01 de julio de 1997, según consta en el formato SIAFP (pág. 46, *ídem*); v) se trasladó a la AFP Colfondos SA el 23 de enero de 2001 como consta en el certificado de afiliación (pág. 102, pdf. 08, C01); vi) posteriormente se afilió a ING Santander por medio de formulario de inscripción con data 0 de abril de 2004 (pág. 39, pdf. 07, *ídem*) fecha de efectividad 01 de junio de 2004 de acuerdo a formato SIAFP (pág. 46, pdf. 07, *ídem*); vii) retornó nuevamente a Colfondos SA donde se encuentra cotizando actualmente (pág. 102, pdf. 08, C01); viii) agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado y retorno a dicha administradora (pág. 197-198, pdf. 02 *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 1° 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.

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 debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° 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 la afiliada 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 la afiliada 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, 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 las administradoras de los fondos privados incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el actor adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP Colpatria ahora Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA; la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación recae en dichos fondos, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa al 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, si bien está a cargo tanto de la parte demandante como de las administradoras demandadas, resulta pertinente resaltar 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, en razón de 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, por cuanto 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 del cumplimiento del 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 de la afiliada, 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 de la AFP 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 la libera 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).

Desde su creación, 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 informar de 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 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.

Labor que 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 - Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

2.5 PROBARON LOS FONDOS PRIVADOS LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA AL AFILIADO

Pasa la Sala a verificar si se cumplió o no con el suministro de la debida información que debió suministrarse al afiliado por cada uno de los fondos demandados

Ahora, aunque las AFP, insistieron en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que le incumbía informarse por sus medio respecto del traslado de régimen que iba a efectuar y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió.

Observándose que en su interrogatorio manifestó no se le brindó una asesoría individual, completa y que los asesores brindaron información comercial y general, asimismo, manifestó que los asesores de los fondos privados expresaron que el seguro social se iba a acabar y que podía perder su tiempo cotizado en el RPMPD, por esto accedió al traslado.

Es decir, que por ningún medio probatorio el fondo privado demostró que le hubieran explicado de manera minuciosa las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba el cambio de régimen.

Bajo tales premisas, 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 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.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 Colfondos 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**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional que se ha venido construyendo desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, MP Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, MP Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, MP 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, MP Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 MP Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, considera este despacho que de acuerdo a las premisas jurisprudenciales construidas en torno a la ineficacia del traslado de régimen por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se concluye que es acertada la pretensión de la AFP Colpensiones y

se modificará el numeral segundo, de la sentencia recurrida, a fin de ordenar a Colfondos SA a devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes.

En torno a la censura al reconocimiento de la indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones, se advierte, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se modificará al numeral **segundo** para ordenar la devolución de los conceptos de gastos de administración, primas de seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, 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

Se advierte, tal y como lo conceptuó la juez, que 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.

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

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia debido a la prosperidad de las pretensiones de la parte recurrente.

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:

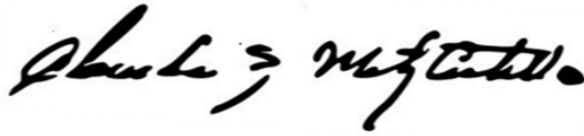
PRIMERO: MODIFICAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 27 de enero de 2023 dentro del proceso promovido por Luis Horacio García Cardona contra las AFP Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA; en el sentido de ordenar a Colfondos 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: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

TERCERO: 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



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EgMGVJQB0yxAh2_XvNBnYoABpKnh_eu-x0-bhrjHAFh4N0g?e=bONZaV



DEMANDANTE:	Marinela Alayón Alayón
DEMANDADA:	Colpensiones, Protección SA, Colfondos SA, Porvenir SA, y Skandia SA
LLAMADA EN GARANTÍA:	Mapfre Seguros SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
I Protección TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adicionar y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310500320210005701 11001310500320210005701

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Colfondos, Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Marinela Alayón Alayón** en contra de **Protección SA, Porvenir SA, Colfondos SA, Skandia SA y Colpensiones**, y la llamada en garantía **Mapfre Colombia Vida Seguros 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 se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS

hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante - RAIS- que efectuó a Colfondos SA, así como los movimientos horizontales dentro del RAIS; que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA como el fondo al cual se encuentra afiliada, reportar la novedad en el sistema SIAFP, y trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, bonos, cotizaciones junto con sus rendimientos y sus frutos, más las cuotas de administración; y a Colfondos, Protección Old Mutual SA, y a Colpensiones a recibir los aportes e incorporarlos en la historia laboral y activar su afiliación; ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (págs. 6-7, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 11 de diciembre de 1987 hasta el 28 de febrero de 1997, cuando se trasladó a Colfondos SA, donde estuvo desde marzo de 1997 hasta octubre de 1998, y posteriormente migró dentro del RAIS a otros fondos como Colmena Pensiones, Protección SA, Old Mutual SA, y finalmente a Porvenir, donde se encuentra actualmente.

Se duele la actora, que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento Colfondos le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; así como tampoco fue ilustrada respecto de las consecuencias de su traslado por ninguno de los fondos privados a donde migró dentro del RAIS, cuando tampoco le informaron la posibilidad de regreso al RPMPD antes de los 10 años de cumplir la edad de pensión. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones con lo que quedó agotada de manera insatisfactoria (pág. 7-10, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda; y manifestó que no le consta ninguno de los hechos relacionados en la demanda. Formuló como

excepciones de mérito, las 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (pág. 2-19, anexos 20 - 183, pdf. 06, ídem).

Skandia, presentó oposición a las pretensiones de la demanda, de los hechos dijo no constar o no ser ciertos los relatados. Para derruir las pretensiones de la demanda presentó como excepciones de fondo que denominó de prescripción general y de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (pág. 3-31, anexos, pdf. 07, ídem).

Solicitó el llamamiento en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA, con ocasión del contrato de seguro previsional que suscribió con esta entidad para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de ellos afiliados, con vigencia entre los años 2008 a 2018 (pág. 106-116, pdf. 07, ídem).

Protección SA, al contestar manifestó no constarle algunos hechos y los otros los negó. Para enervar las pretensiones formuló 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, y la innominada o genérica (pág. 2-31, anexos 32- , pdf. 08, ídem).

Colfondos SA, en su escrito de contestación solo aceptó el hecho que habla de su afiliación a ese fondo, de los demás manifestó no constarle o no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda, y presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios el 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, y compensación y pago (pág. 2-26, anexos 27- 124, pdf. 13, idem).

Porvenir, se opuso a las pretensiones de la demanda, de los hechos solo aceptó el que habla de, su afiliación a ese fondo, de los restantes manifestó que no le consta o no ser ciertos. Y para derrumbar las pretensiones formuló las excepciones de fondo de prescripción general de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 2-29, anexos 30-164, idem).

Mapfre Colombia Vida Seguros, al contestar el llamamiento en garantía no presentó oposición a las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Como excepciones propuso la que denominó: las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles y el reconocimiento oficioso de excepciones.

Se opuso a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o pago de primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con ellos, y de los hechos del llamamiento, aceptó el relativo a, la presentación de la demanda en contra de Skandia solicitando la ineficacia del traslado, y de la contratación del seguro previsional a favor de ese fondo, de los demás dijo no ser ciertos. Como excepciones propuso las que denominó: el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia s.a. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y el reconocimiento oficioso de otras pretensiones (pág. 2-23, pdf. 18, idem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 4 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado realizado por la promotora de este juicio MARINELLA ALAYON ALAYON del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A, realizado el 26 de febrero de 1997, así como la ineficacia de los traslados horizontales que se realizaron con posterioridad a COLMENA S. A., hoy PROTECCIÓN S. A. el 28 de octubre de 1998, a COLFONDOS S.A., nuevamente el 28 de junio de 1999, a SKANDIA S. A. el 23 de marzo de 2008, y finalmente a PORVENIR S. A. el 29 de octubre del año 2013, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S. A., Administradora a la que se encuentra afiliada la Demandante a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante MARINELLA ALAYON ALAYON por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que realizó a la Actora durante el tiempo de permanencia por concepto de gastos de administración, prima de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S. A., COLFONDOS S. A., y PROTECCIÓN S. A. a TRASLADAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los descuentos que realizaron a la Actora durante el tiempo de permanencia por concepto de gastos de administración, prima de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte y reciba todos esos dineros provenientes de COLFONDOS S. A., PORVENIR S. A., PROTECCIÓN S., A. y SKANDIA S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante MARINELLA ALAYON ALAYON, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: ABSOLVER a la Llamada en Garantía MAPFRE S. A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda y ese Llamamiento de Garantías, conforme lo considerado en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por COLPENSIONES que denominó INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA, y la de PRESCRIPCIÓN, propuesta por cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN, SKANDIA, y PORVENIR, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL (\$1.200.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una. De igual manera se CONDENAR AL PAGO DE COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO A LA DEMANDADA SKANDIA S. A. en la suma de UN MILLÓN (\$1.000.000) PESOS MCTE en favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que conforme a la valoración de los elementos probatorios obrantes al proceso, advirtió que los formularios de afiliación que suscribió la demandante, si bien estaban firmados por ella, todos fueron diligenciados por los asesores de cada AFP, que no se logró la confesión de que la demandante haya recibido la debida información, y que ninguna de las AFP demostró haberle dado cumplimiento a las políticas generales para asesorar y vincular a personas; y menos que le hubieren brindado información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales. Que el hecho de que la actora no se haya trasladado oportunamente, no convalidan las circunstancias que afectan la ineficacia del traslado.

Desestimó el llamamiento en garantía en razón de no incidió en las actuaciones que generaron la ineficacia de traslado de la actora, que su actuación se limitó a sus obligaciones contractuales con Skandia SA por cuanto las pólizas que estuvieron vigentes del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011 y del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013 ampararon los riesgos de muerte por riesgo común, invalidez y auxilio funerarios y no por los perjuicios derivados de las actuaciones de las AFP, y que el afiliado estuvo cubiertos por los riesgos amparados.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos, manifestó la inconformidad parcial con la sentencia, en torno a la orden de devolver los gastos de administración, porque en el RPMPD también se generan y al devolverlos se estaría generando un enriquecimiento sin causa a Colpensiones, y en cuanto a los seguros previsionales, porque pertenecen a un tercero de buena fe como es la aseguradora, durante el tiempo que permaneció el afiliado asegurado por los riesgos de vejez y muerte, y se estaría haciendo una condena a devolver dineros que ya fueron usados para su fin.

Skandia, reprochó que las condenas impuestas a ese fondo no proceden porque el traslado de fondo fue realizado con otra AFP, y que cumplió con las obligaciones

que tenía en el traslado horizontal que operó y no podían rechazar su afiliación; que la actora dio respuestas evasivas en el interrogatorio así como su falta de diligencia de indagar sobre las implicaciones de traslado de régimen pensional y sus movimientos horizontales dentro del mismo, en su condición de consumidora financiera; cuando las condiciones de ambos regímenes reposan en la Ley 100 de 1993. Que no cuenta con suma alguna de la demandante, porque ella se trasladó a Porvenir, y que el 3 % descontado no está llamado a financiar la pensión de vejez y los descuentos que le efectuaron no fueron por capricho del fondo, sino que por el contrario le generaron rendimientos financieros. Y que se acceda a las pretensiones del llamamiento en garantía, porque ya no existiría un interés asegurable.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que se debió tener en cuenta la inversión de la carga de la prueba, que no recae únicamente en cabeza de la AFP, cuando la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando y que no se puede tener como la parte débil en este proceso; que Colpensiones es un tercero de buena fe y su negativa de recibir nuevamente a la actora encuentran sustento en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y que no pueden reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos del recurso de apelación, así mismo señaló que no se acreditaron los vicios del consentimiento, cuando el demandante ratificó tácitamente su intención de pertenecer al RAIS, al permitir los descuentos de sus aportes; que el deber de información solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, y el formulario fue suscrito en el año 1997, siendo el consentimiento vertido en el formulario de afiliación la prueba de su cumplimiento. Solicitando la revocatoria de la sentencia, y que en caso de que se confirme, se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución que debe efectuar la AFP con la actualización de los datos en las bases de datos (pág. 3 -6, pdf. 05, C02).

La apoderada del **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 06, idem).

Según constancia secretarial éstas fueron las partes que recorrieron el traslado para alegar.

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 Marinela Alayón Alayón 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 1 de diciembre de 1967 como se acredita con la historia laboral aportada por Colpensiones y cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 11 de diciembre de 1987, hasta el 31 de enero de 2001 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 45-49, pdf. 06, ídem); **ii)** se trasladó al RAIS administrado por **Colfondos SA**, a través de la suscripción del formulario de vinculación el día 26 de febrero de 1997, con fecha de efectividad el 1 de abril de 1997 según certificado SIAFP (pág. 26, 27, pdf. 10, ídem), **iii)** luego se afilió a **Colmena AIG** hoy **Protección**, con el diligenciamiento del formulario de fecha 28 de octubre de 1998 (pág. 40, pdf. 08, ídem), **iv)** luego migró dentro del RAIS a **Skandia SA**, diligenciando el formulario de afiliación en fecha 23 de marzo de 2008, con afiliación efectiva desde el 1 de mayo de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2013 según certificación de Skandia (pág. 83, 84 pdf. 07, ídem), **v)** migró a **Porvenir SA** a través de la suscripción del formulario de vinculación o traslado calendarado 29 de octubre de 2013, con afiliación efectiva desde el 1 de diciembre de 2013, y donde se encuentra actualmente afiliado según historia laboral generada el 18 de abril de 2022 (pág. 30, 32, 33 pdf. 14, ídem); **vi)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 36-37, pdf. 01, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar 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)".

Así, el fondo de pensiones debe 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, la demandante adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de los fondos privados a los cuales estuvo afiliada y hoy integran el extremo pasivo de este litigio, en específico Colfondos al momento de su traslado inicial del RPMPD al RAIS, y los posteriores movimientos horizontales que realizó dentro del RAIS a Colmena hoy Protección, Skandia y finalmente a Porvenir y , deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, Protección SA debía probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a el demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, tal y como lo invoca a su favor el fondo privado y Colpensiones en su recurso, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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 los formularios de vinculación o afiliación, y que en los mismos 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 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).

Debe advertirse que no se trata de una obligación inexistente al momento de la vinculación 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 informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque los fondos privados en su defensa insistieron en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, como parte recurrente alegó que era obligación del demandante indagar por las condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que la actora manifestó que al momento de la afiliación a Colfondos, no le explicaron que iba a suceder con las semanas que tenía ahorradas en Colpensiones, no sabía que era más favorable retornar a Colpensiones y que fue en el año de 2018 que se acercó a validar el proceso de su pensión que se enteró que se iba a pensionar con un smlmv y que ya no se podía devolver a Colpensiones, que mientras estuvo afiliada a Skandia no elevó solicitud de retorno ni volvió a Colpensiones porque siempre que entraba a una empresa, ya tenían los papeles listos para que ella los firmara y a ese fondo era que hacía sus aportes, cuando se afilió a Skandia los papeles de afiliación ya estaban listos, y ella solo los firmó, pero que no era consciente del traslado cuando se cambió de fondo. Que en el 2013 cuando se afilió a Porvenir solo firmó el formulario, que le dieron en el área de recursos humanos de la empresa con que trabajaba, y que la migración de fondo se debió a que los funcionarios de recursos humanos le mandaron una nueva formulación de afiliación al fondo; que cada que

vez que cambiaba de fondo se debía a las campañas que adelantaban los fondos en las empresas donde trabajaba, que el asesor le dijo que el ISS se iba a acabar y por eso se estaban creando los fondos privados, pero ella no sabía qué era un fondo privado.

De esta probanza no se puede evidenciar una confesión o que haya aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago de la existencia de los fondos privados, mas no de las características del mismo, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado y migración dentro del mismo, para tomar su decisión.

Bajo tales premisas, 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 el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo en el sentido que lo ordenó la *a quo* que, Colfondos SA, como primer fondo que ejecutó el traslado de régimen, 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, concepto que deberán ser trasladados a

su vez por los fondos a los cuales realizó traslados horizontales como son: Protección, Skandia y Porvenir, **sin que ninguna de las 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. y que ha venido reiterando su posición en las sentencias 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.

Sobre los reparos de **Colfondos** que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte, y de **Skandia**, quien reprochó que esos conceptos se devolvieron a la aseguradora Mapfre, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro de la afiliada quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber legal de dar al afiliado información clara, oportuna, veraz y eficaz, antes del traslado y/o afiliación; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la Porvenir SA del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen *«es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título»*. y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por consiguiente, se confirmará la orden a las AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará los numerales segundo y tercero de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a las AFP Colfondos, Protección, Skandia y Porvenir, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.7. 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, y por la revisión en consulta, en relación a las costas impuestas a **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 con la demandante,

como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy 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 séptimo de la sentencia objeto de alzada, para absolverla de la imposición de costas a su cargo en primera instancia.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Skandia y Colfondos y en favor de la demandante, por haber sido vencidos en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de cada uno de los recurrentes y en favor de la 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: REVOCAR parcialmente el numeral séptimo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 4 de julio de 2023 dentro del proceso promovido por **Marinela Alayón** contra las AFP Protección SA, Porvenir SA, Colfondos, Skandia, y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero, en el sentido de ordenar a Protección SA, Porvenir SA, Colfondos, Skandia SA, que las órdenes de traslado deberán cumplirlas dentro de los 30 días siguientes a la sentencia.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Skandia y Colfondos y en favor del demandante, por haber sido vencidas en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de las recurrentes Colpensiones, Skandia y Colfondos y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/q/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EiJ4k3WAv-IPhCvURkjGBGYBPdwGxd3VY--m-uK_avzD_O?e=Sqpch1



DEMANDANTE:	Bernardo López Vera
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310501720200020601 11001310501720200020601

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Bernardo López Vera** en contra de **Protección SA y Colpensiones**.

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 se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- que efectuó a Protección SA; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos; y

a Colpensiones a recibir los aportes e incorporarlos en la historia laboral; costas y agencias en derecho (págs. 2 pdf. 04, C01).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, nació el 10 de mayo de 1961; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 2 de diciembre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1997, cuando se trasladó a Protección SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Preciso que no es beneficiario del régimen de transición. Adujo que solicitó ante Colfondos y Protección el traslado de régimen, pero ambas entidades la negaron; que la reclamación administrativa ante Colpensiones quedó agotada de manera insatisfactoria (pág. 1-2, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Protección SA admitió los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, que no es beneficiario del régimen de transición, y la petición de traslado que resolvieron de manera desfavorable; de los demás supuestos fácticos dijo no constarle o que no son ciertos. Para derruir las pretensiones formuló 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 declarara 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, y la innominada o genérica (pág. 2-19, idem).

prescripción de manera general y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 14-43, pdf. 6, idem).

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, el período que estuvo afiliado al RPMPD, que no es beneficiario del régimen de transición, el agotamiento de la reclamación administrativa en forma negativa. Formuló como excepciones de mérito, las 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (pág. 1-29, pdf. 11, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 28 de abril de 2023, dispuso:

PRIMERO.- Declarar la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor BERNARDO LÓPEZ VERA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO.- CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente afiliado el demandante a trasladar a Colpensiones, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, sumas de seguros previsionales o porcentaje de garantía de pensión mínima, los cuales deben ser retornados a Colpensiones debidamente indexados. Suma debidamente indexada.

TERCERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO.- CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense

Estimó que en este caso, la inobservancia del deber de información debe realizarse a la luz de la ineficacia del traslado, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CJS, por lo que concluyó que el traslado de régimen que efectuó el demandante no estuvo revestido del consentimiento informado lo que torna ineficaz el traslado, porque la AFP no demostró mediante ningún elemento idóneo de información, que le hubiera suministró la información suficiente al demandante,

sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas del traslado; sin que el formulario de traslado pueda demostrar un consentimiento informado y libre de vicios, porque no tiene por sí solo, la suficiencia para demostrarlo, así como tampoco del interrogatorio de parte se logró una confesión de que hubiera recibido una información clara y precisa; deber que fue ordenado desde la expedición de la Ley 100 de 1993, y que fueron extendiéndose posteriormente.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP del RAIS, que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión tomada por los actores. Que se revoque la decisión de recibir al actor en el RPMPD, que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema ante el impacto a la reserva pensional que causa el traslado, máxime que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen pensional.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos del recurso de apelación, así mismo señaló que no se acreditaron los vicios del consentimiento, cuando el demandante ratificó tácitamente su intención de pertenecer al RAIS, al permitir los descuentos de sus aportes; que el deber de información solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, y el formulario fue suscrito en el año 1997, siendo el consentimiento vertido en el formulario de afiliación la prueba de su cumplimiento. Solicitando la revocatoria de la sentencia, y que en caso de que se confirme, se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución que debe efectuar la AFP con la actualización de los datos en la bases de datos (pág. 3 -6, pdf. 05, C02).

La apoderada del **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 06, idem).

Según constancia secretarial éstas fueron las partes que recorrieron el traslado para alegar.

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 Bernardo López Vera 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 10 de mayo de 1961 como se acredita con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 1, pdf. 03, C01) **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 2 de diciembre de 1981, hasta el 30 de noviembre de 1994 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 56-62, *idem*); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Davivir hoy Protección SA, a través de la suscripción del formulario de vinculación el día 2 de octubre de 1997 (pág. 20, pdf. 10, *idem*), **vi)** luego migró dentro del RAIS a Protección SA, diligenciando el formulario de afiliación en fecha 1 de abril de 2002 (pág. 21-22, *idem*), **v)** con afiliación activa desde el mes de diciembre de 1997 donde se encuentra actualmente con un total de 1.199,71 semanas como lo demuestra la historia laboral emitida por Protección SA (pág. 23-35, *idem*), y la captura de pantalla de la efectividad de la afiliación y el certificado SIAFP (pág. 36, 68 *idem*); y **vi)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 71-79, pdf. 02, *idem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar 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)».

Así, el fondo de pensiones debe 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 traslado 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 un

afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Protección SA, deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, Protección SA debía probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a el demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, tal y como lo invoca a su favor el fondo privado y Colpensiones en su recurso, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con

suficiencia para acreditar que existió un 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).

El argumento de Colpensiones, 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).

Dentro de sus deberes estaba informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA insistió en sus alegatos que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, como parte recurrente alegó que era obligación del demandante indagar por las condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que éste manifestó que la afiliación a Protección se dio en la empresa donde trabajaba, que por directrices del departamento de personal, llamaron a los trabajadores a las oficinas administrativas para que firmaran los formularios de afiliación a Davivir, que ya estaban diligenciados, que el cambio de régimen se debió, según manifestó a una negociación con Davivienda para que la compañía obtuviera unos beneficios, que sí había una persona del fondo, pero solo les pasaba los formularios, pero no les indicaron ni la forma en debía diligenciarse o por qué debía firmarlo; y que debió a la cantidad de personas que estaban ahí reunidas para la firma no pudieron cuestionar al asesor sobre los requisitos para pensionarse en este fondo. Y de esta probanza no se puede evidenciar una confesión o que haya aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, para tomar su decisión.

Bajo tales premisas, 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 el

demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo en el sentido que lo ordenó la *a quo* que, Protección 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 ninguna de las 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. y que ha venido reiterando su posición en las sentencias 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.

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará el numeral segundo de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, junto 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-.

2.7. 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, y por la revisión en consulta, en relación a las costas impuestas a **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 con la demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las

condenas que asume hoy 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 cuarto de la sentencia objeto de alzada, para absolverla de la imposición de costas a su cargo en primera instancia.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, por haber sido vencido en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones 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: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 28 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por **Bernardo López Vera** contra la AFP Protección SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

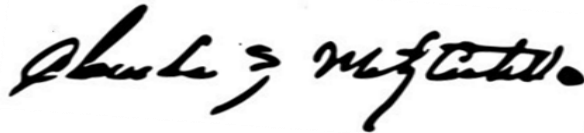
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo, en el sentido de ordenar a Protección SA, que las órdenes de traslado deberán cumplirlas dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, junto con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones, en armonía con las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, por haber sido vencido en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/En6k_w7ppdVJgTHZPOo6VnkB2g8eFdmvpYABLIkhNR6afw?e=p3nDhb



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

DEMANDANTE:	Gorka Mirena Inaki Delarrrauri Echaverría
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcial, adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502120210042102 11001310502120210042102

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Colfondos, Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Gorka Mirena Inaki Delarrrauri Echaverría** en contra de **Protección SA, Porvenir SA, Colfondos y Colpensiones**.

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 se declare la nulidad o ineficacia, y subsidiariamente la ineficacia o invalidez de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- efectuado el 21 de octubre de 1997 a Protección SA; que el último fondo al que se afilió fue Porvenir SA, y que su afiliación al RPMPD ha sido sin solución de continuidad. En

consecuencia, se ordene a Porvenir, trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados al RAIS; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (págs. 12-13 pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, nació el 5 de agosto de 1962; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 19 de junio de 1992, hasta el 25 de marzo de 1997; que no se encuentra cobijado por el régimen de transición lo que le impide retornar al RPMPD; el 21 de octubre de 1997 se trasladó al RAIS a través del fondo Colmena, hoy Protección, posteriormente efectuó un traslado horizontal a Porvenir SA el 8 de noviembre de 2004, y volvió a migrar dentro del RAIS a Colfondos el 29 de marzo de 2011, retornando finalmente a Porvenir SA el 29 de noviembre de 2020, donde se encuentra activo en la actualidad.

Pero que, ni su decisión inicial del traslado, ni los movimientos horizontales posteriores, fue debidamente informado, y de manera autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento ninguna de las AFP le brindaron una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, y que solo le informaron de las ventajas del régimen. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado al RPMPD, despachada de forma desfavorable (pág. 5-10, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso fue repartido inicialmente al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien lo admitió luego de haber sido subsanada la demanda; recibíéndose la contestación de las demandadas de forma oportuna, así:

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, la edad que tenía a la fecha de traslado al RAIS, agotamiento de forma desfavorable de la reclamación administrativa; de los demás manifestó no constarle. Formuló como excepciones de fondo, las 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. 06, ídem).

Protección SA, en su contestación admitió los hechos que habla de, la fecha de nacimiento, la afiliación y la edad que tenía para ese momento, la solicitud de nulidad de traslado y la respuesta negativa, de los restantes los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruir las pretensiones formuló las excepciones de mérito que denominó 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 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, la innominada o genérica, y el traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir (pdf. 07, ídem).

Colfondos SA, de los hechos de la demanda, se pronunció admitiendo los referentes a, la solicitud elevada ante ese fondo y la respuesta insatisfactoria que le dieron, de los demás dijo no constarle o no ser ciertos. presentó oposición a las pretensiones, y formuló como excepciones de fondo las de 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 (pdf. 9, ídem).

Porvenir SA, no admitió ninguno de los hechos de la demanda, sino que dijo no constarle, o no ser ciertos. Presentó oposición a las pretensiones y para enervarlas formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pdf. 11, ídem).

En audiencia celebrada el 19 de septiembre de 2022, se declaró no probada la excepción de falta de competencia (reclamación administrativa) propuesta por Colpensiones (pdf. 19, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 14 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó el demandante SERGIO SARAVIA LUUKAS, identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.453.354 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado PROTECCIÓN S.A el 27 de agosto de 1998, así como el traslado horizontal realizado de PROTECCIÓN S.A a Porvenir S.A el 20 de mayo de 2001, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los rendimientos financieros que hayan generado durante la afiliación del demandante, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

SEXTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberán pagar cada una de las demandadas a favor del demandante.

CUARENTA Y DOS: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Decisión a la que arribó en aplicación del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CJS, en razón de que el diligenciamiento del formulario de afiliación solo acredita el cumplimiento de la exigencia requerida para el ingreso al fondo del interesado, con una fórmula pre impresa, mas no que se haya cumplido con el deber de información suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y

sus consecuencias futuras; por cuanto de la valoración de los interrogatorios extrajo que la información suministrada al actor fue verbal y presencial, ni se verificaron las condiciones de los aportes, proyecciones de mesada, ni le organizaron la historia laboral, así como tampoco le indicaron los requisitos para pensionarse en cada uno de los fondos privados a los que estuvo afiliado; y que los comunicados de prensa allegados no son oportunos para acreditar la debida información provista al demandante, inicialmente por parte de Colmena hoy , y los posteriores traslados a Horizonte, hoy Porvenir, Colfondos.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, como motivo de inconformidad censuró la sentencia parcialmente, en lo referente a la condena a ese fondo, que en el caso de traslado solo procede la devolución de los aportes y rendimientos, y de ordenarse la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima implicaría un enriquecimiento sin causa. Así mismo, que tampoco procede la indexación de los valores a reintegrar, porque con el traslado de los rendimientos financieros generados sobre su cuenta de ahorro individual, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda; y se absuelva de la condena en costas.

Colpensiones, manifestó en la sustentación del recurso, que su traslado al RAIS fue libre y voluntario y con el cumplimiento de las solemnidades legales; así como que los traslados horizontales que efectuó el demandante dentro del RAIS, ratificaron su decisión de pertenecer a dicho régimen, y conocer el funcionamiento del mismo; que no ejerció oportunamente su derecho de retracto para retornar al RPMPD. Que la orden de traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que después de los 27 años que han transcurrido desde su desvinculación, es imposible probar las circunstancias que rodearon su traslado, si para esa fecha no era obligatorio dejar registro documental de la asesoría. Y que, de no acogerse sus argumentos, se condicione la sentencia a Colpensiones, previo el cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual. Y que no hay lugar a condenarla en costas porque actuó dentro del proceso como un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico de traslado.

Colfondos, como sustento del recurso reprochó que no era procedente la condena impuesta a devolver los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, porque ya fueron descontados por mandato legal, y cumplió con el deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual del actor y produjo sus rendimientos; que los seguros previsionales están administrados por un tercero que es una aseguradora para financiar la prestación de sobrevivencia o invalidez del afiliado, fueron trasladados y con la condena le implicaría pagarlo de su propio patrimonio; y que tampoco se procede la indexación que quedó cubierta con los rendimientos financieros.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de la **demandante**, solicitó la confirmación de la sentencia en aplicación del reiterado precedente jurisprudencial (pdf. 06, C02).

La apoderada de **Colpensiones**, reiteró los argumentos expuestos en primera instancia, que el demandante se encuentra en la prohibición de ley para que opere su traslado, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad mínima; solicitando la revocatoria de la sentencia (pdf. 05, idem)

Porvenir, expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladado oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad del demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Que no procede la devolución de los gastos de administración, de los seguros previsionales tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de conformidad a la estructura del RAIS, y que se desestime la condena en costas (pdf 067, idem).

Según constancia secretarial Colfondos no recorrió el traslado para alegar.

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 la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Gorka Mirena Inaki Delarrrauri Echaverría 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 5 de agosto de 1962 como se acredita en la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 34, pdf. 01, C01); **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 19 de mayo de 1992, hasta el 31 de agosto de 1997 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas (pág. 39-42, ídem); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Colmena AIG, mediante el diligenciamiento de la solicitud de vinculación en fecha 21 de octubre de 1997, luego suscribió formulario de afiliación a Santander pensiones y cesantías el 11 de septiembre de 2001, historia laboral expedida por Colmena (pág. 26, 27, 41-44 pdf. 07 contestación Protección, ídem), formulario de Colfondos diligenciado el 29 de marzo de 2011 (pág. 19, pdf. 09, ídem); **iv)** luego migró a Horizonte suscribiendo el formulario de vinculación o traslado en fecha 8 de noviembre de 2004, luego se trasladó a Porvenir diligenciando el formulario el 29 de noviembre de 2020, certificado de Porvenir de afiliación el 1 de enero de 2021 (pdf. 114-118, pdf. 11, ídem); **v)** después se afilió a Porvenir según diligenciamiento del formulario de vinculación fechado 29 de noviembre de 2020 (pág. 68, pdf. 01, ídem), **vi)** traslados de régimen pensional acreditados en el formato SIAFP (pág. 112, pdf. 11 ídem); **vii)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 88, pdf. 12, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como la disposición contenida en 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 debe proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, o inclusive migrar dentro del RAIS, 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 PROBARON LOS FONDOS PRIVADOS LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA AL AFILIADO

Pasa la Sala a verificar si se cumplió o no con el suministro de la debida información que debió suministrarse al afiliado por cada uno de los fondos demandados, observándose que por su parte Protección como entidad que absorbió a Colmena y Santander, aportó los formularios de afiliación de firmados por el actor, y el comunicado de prensa donde se informa la entrada en vigencia de los fondos privados como administradores del RAIS y algunas características; por su parte Colfondos allegó el formulario de afiliación y el comunicado de prensa; por parte Porvenir, aportó los formularios de Porvenir y de Horizonte entidad que fue absorbida por ellos, el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia y el comunicado de prensa.

Documentales que no tienen la suficiencia y conducencia para demostrar que le brindaron al actor al momento de su afiliación a cada fondo, toda la información necesaria, clara y oportuna, ni mucho menos que estas contengan al detalle las ventajas y desventajas de cada régimen ni que se hayan analizado sus circunstancias particulares para determinar si era lo más conveniente o no trasladarse de régimen, máxime que es el demandante un afiliado lego como lo ha reseñado el precedente, y por su parte las AFP cuentan con el profesionalismo y experticia para poder ilustrar al afiliado sobre todas las condiciones de su vinculación.

De este modo, como en el caso bajo estudio, el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de ING pensiones y cesantías hoy Protección SA, como la administradora que efectuó su traslado de régimen al RAIS, y que los otros fondos a los cuales efectuó traslados horizontales, tampoco le suministraron

la debida información al momento de su vinculación; deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, tanto Protección SA como Porvenir SA debían probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, debe advertirse como lo indicó la juez que, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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).

Se itera, que 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 informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya insistido en sus alegatos que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, alegó que el demandante tenía capacidad para indagar por sus propios medios las

condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que éste manifestó con respecto de su afiliación a Colmena, hoy Protección, que trabajaba en Colmédica en la parte de salud, que les hicieron una reunión grupal, exponiéndoles el nuevo régimen de pensiones, les dijeron que podían pensionarse con menor edad y con una mejor pensión, que no ha radicado ninguna queja o reclamo por la administración de sus aportes, no recibió llamada alguna del ISS hoy Colpensiones, cuando lo afilió el ejecutivo de Colmena, le dio alguna expectativa pensional, que el asesor o la asesora que lo atendió fue quien llenó la información del formulario, que aceptó el traslado al fondo de pensiones privadas, porque en su momento le ofrecieron poder pensionarse en menor tiempo y una mayor pensión; sabe que tiene ahorrado 500.000.000 y no sabía que podía acceder a la pensión de vejez anticipada, que desea retornar a Colpensiones, porque en la última visita del asesor de Porvenir en el 2020 le mostró que se iba a pensionar con un monto muy bajo de pensión, que firmó el formulario libre y voluntariamente; que no le informaron cómo obtendría una mejor pensión.

Al referirse a su traslado a Porvenir en el año 2004, dijo que lo visitó un asesor y no tenía información de sus antecedentes de pensiones, y le prometió realizarle un recuento de su vida laboral por eso se cambió, ya el asesor sabía que él estaba en un fondo anteriormente, le prometió que le iba a organizar todo el referente a su pensión, porque no tenía su historia laboral lo que había cotizado al ISS, el asesor diligenció el formulario y él lo firmó, retornó a Porvenir porque le ofrecieron organizarle su historia laboral, pero que ningún fondo a los que se afilió, logró arreglarle su historia laboral.

De la afiliación a Colfondos dijo que para el año 2011 se afilió a esa AFP le prometió que le iban a organizar o reconstruir su historia laboral, pero no le explicó lo que significaba estar afiliado a ese asesor, el asesor comercial lo buscó en la oficina, no le dijeron que se pensionaría de acuerdo al monto del capital en su cuenta, no por semanas y edad, que lo único que le dijeron es que se podía pensionar antes y por un mayor monto, pero no le dijeron los requisitos;

De esta probanza no se puede evidenciar una confesión o, que el demandante haya aceptado que conocía el RAIS, por el contrario, solo permitió evidenciar un

conocimiento vago, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características y diferencias de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, por cuanto quedó evidenciado que ninguno de los fondos le suministró información alguna, máxime que fueron los asesores quienes diligenciaron sus formularios, y que solo le hablaron de los beneficios del traslado con base en una aspiración a un mayor valor de su mesada pensional.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que no le asiste razón al apoderado de Colfondos y de Porvenir al censurar la orden de traslado de los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, porque conforme a la línea jurisprudencial de nuestro máximo órgano de cierre que, de manera pacífica se ha venido construyendo hasta la fecha en torno a la declaratoria de ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo en el sentido que lo ordenó la *a quo* que, tanto Porvenir SA, Protección SA, y Colfondos trasladen 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 ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como viene adoctrinado desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. y que ha venido reiterando su posición en las sentencias 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.

Sumado a ello, se advierte tampoco son de recibo los ataques de Porvenir en torno a la improcedencia de la indexación de las condenas, por cuanto se insiste que, conforme al precedente antecitado, 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, ante el menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmarán las condenas a todas las AFP vinculadas al trámite de este proceso, a devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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; por el tiempo que estuvo afiliado el señor Gorka Mirena Inaki Delarrrauri Echaverría, por estar obligados a la devolución de estos tres conceptos, sin importar que no hubiera sido el fondo que efectuó el traslado inicial del RPMPD al RAIS, por cuanto,

toda afiliación debe estar sucedida del suministro de la debida información, cómo se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará así mismo los numerales segundo y tercero de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA y Protección SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, junto 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-.

2.7. 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en cuanto a los repartos de Colpensiones, contra la imposición de costas a esa entidad, 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 con el demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy 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 sexto 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 adicionará, revocará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir y Colfondos, en favor del demandante, por haber sido vencidas en la alzada. Sin lugar a condena en costas a Colpensiones, por haberle prosperado el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de cada una de las recurrentes Porvenir y Colfondos, 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: REVOCAR parcialmente el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por el señor **Gorka Mirena Inaki Delarrrauri Echaverría** contra las AFP Protección SA, Porvenir SA, Colfondos SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a Porvenir SA, Protección SA, y Colfondos SA que las órdenes de traslado deberán cumplirlas dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, junto con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833

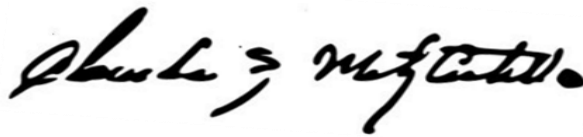
de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones, en armonía con las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir y Colfondos, en favor del demandante, por haber sido vencidas en la alzada. Sin lugar a condena en costas a Colpensiones, por haberle prosperado el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de cada una de las recurrentes Porvenir y Colfondos, en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EgNcU8iS03VFqXA18i2LmdUBiSTQJFrFuNVy_qshOJp8fq?e=qeistG



DEMANDANTE:	Nelson Reynaldo Becerra Correa
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
I Colfondos TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcialmente, adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502220200046101 11001310502220200046101

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), **la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Nelson Reynaldo Becerra Correa** en contra de **Protección SA, Porvenir SA y Colpensiones**.

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 se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- que efectuó en septiembre de 1996 a Colmena AIG hoy Protección SA; así

como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Protección y a Porvenir, trasladar a Colpensiones sus aportes por cada ciclo cotizado respectivamente y la información de las planillas de su historia laboral; y a Colpensiones a recibir los aportes e incorporarlos en la historia laboral; costas y agencias en derecho (págs. 4-5 pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el año 1990, hasta que se trasladó a Colmena AIG, hoy Protección SA el 1 de septiembre año 1996, movilizándose posteriormente dentro del RAIS a Porvenir SA en agosto de 1999. Pero que, ni su decisión inicial del traslado, y la migración posterior, fue debidamente informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, y que solo le informaron de las ventajas del régimen. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones que fue despachada de forma desfavorable, y posteriormente una acción de tutela en contra de las demandadas, también resuelta de forma insatisfactoria (pág. 3-4, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA, solo admitió el hecho referente a, la acción de tutela que impetró en su contra solicitando el traslado, de los demás dijo no constarle, o no ser ciertos. Presentó como excepción previa la de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – ausencia de reclamación administrativa y falta de competencia. Para derruir las pretensiones formuló las excepciones de prescripción general y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pdf. 2, idem).

Protección SA, en su contestación solo admitió el hecho relativo a, la afiliación a Colmena AIG hoy administrado por ellos y la información contenida en el formulario de afiliación, y la acción de tutela contra ellos impetrada; de los restantes dijo no

constarle o no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruir las pretensiones formuló 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, la innominada o genérica, 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, y la de 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 (pdf. 13, idem).

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, traslado a Colmena AIG SA y aclaró que luego se convirtió en Protección SA y del agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito, las 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. 12, ídem).

En audiencia celebrada el 26 de julio de 2023, la juez declaró no probadas las excepciones previas propuestas, en razón de que la reclamación administrativa se agotó con la respuesta en forma desfavorable emitida por Colpensiones.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 26 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor NELSON REYNALDO BECERRA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 06 de SEPTIEMBRE de 1996. 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: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual

de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CJS, arribó a esta decisión, en razón de que Protección SA, no demostró dentro del sumario que al momento de la afiliación del actor, le hubiera brindado información, clara, cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, condiciones, beneficios y diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que del interrogatorio de parte no se logró la confesión de que hubiera recibido una información clara y precisa; que el formulario de afiliación registra la firma de un asesor, quien debía acreditar la debida información, aunado a que tampoco se demostró que al actor se le hubiera entregado el plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento de la AFP, conforme a la normatividad vigente para el año 1996 cuando operó el traslado; y que no puede entenderse validado el cambio de régimen por el cambio entre fondos privados, porque el traslado del que se predica la ineficacia es solo uno, el efectuado por Colmena hoy Porvenir SA.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, como motivo de inconformidad censuró la sentencia, porque no se cumple la similitud de las situaciones fácticas con las condensadas en el precedente jurisprudencial de la ineficacia, porque el traslado que realizó a Horizonte en el año 1996 es válido conforme a las normas aplicables para esa fecha; que era deber de

la afiliada informarse de las condiciones de cada régimen dada la relevancia del acto de traslado; que si se declara la inexistencia del acto de traslado, no proceden las restituciones mutuas; que tampoco procede la indexación porque con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda; y se absuelva de la condena en costas.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que no debe ser condenada en costas por actuar dentro del proceso como una codemandada por ser un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico de traslado.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Colpensiones**, reiteró los argumentos expuestos en primera instancia, y agregó que la demandante se encuentra en la prohibición de ley para que opere su traslado, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad mínima; solicitando la revocatoria de la sentencia (pdf. 05, C02).

Porvenir, expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladado oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad del demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Que no procede la devolución de los gastos de administración, de los seguros previsionales tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de conformidad a la estructura del RAIS, y que se desestime la condena en costas (pdf 05, idem).

El apoderado de **Colpensiones**, reiteró los argumentos del recurso, sumado a que el actor debía demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad, conserva su posibilidad pensional, pues podría acceder al reconocimiento y pago de una Prestación Económica por Vejez, sin que se evidencie que formuló duda o inquietud ante el fondo, sino hasta que cumplió la edad exigida de pensión, que intenta retornar al RPMPD.

Según constancia secretarial ni la parte demandante ni Protección descorrieron el traslado para alegar.

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 la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Nelson Reynaldo Becerra Correa 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 15 de abril de 1957 como se acredita en la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 29, pdf. 06, C01) **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 16 de febrero de 1990, hasta el 30 de noviembre de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas y la certificación expedida por Colpensiones (pág. 12, 17-20, pdf. 01, y pág. 344-347 pdf. 12 idem); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Colmena AIG, mediante el diligenciamiento de la solicitud de vinculación en fecha 6 de septiembre de 1996 (pág. 33 pdf. 13, idem); **iv)** luego migró a Horizonte hoy Porvenir SA, a través de la suscripción del formulario de vinculación el día 30 de agosto de 1999, con fecha de efectividad el 1 de octubre de 1999 según certificación de Porvenir (pág. 27, 30 pdf. 06, idem), **vi)** después se afilió a Porvenir SA según diligenciamiento del formulario de vinculación fechado 25 de abril de 2008 (pág. 28,

pdf. 06, idem), **vii)** y posteriormente diligenció otro formato el 20 de marzo de 2013 hacia BBVA Horizonte hoy Porvenir SA, donde se encuentra afiliada desde el 1 de abril de 2013 como consta en el certificado expedido por Porvenir SA (pág. 67, 68 pdf. 01, pág. 116, pdf. 06, idem), **viii)** traslados de régimen pensional acreditados en el formato SIAFP (pág. 34, pdf. 13 idem); **ix)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 66, pdf. 12, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar 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)".

Así, el fondo de pensiones debe proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, o inclusive migrar dentro del RAIS, 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Colmena SA, como la administradora que efectuó su traslado de régimen al RAIS, y que los otros fondos a los cuales efectuó traslados horizontales, tampoco le suministraron la debida información al momento de su vinculación; deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, tanto Colfondos SA como Porvenir SA debían probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, debe advertirse como lo indicó la juez que, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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).

Se itera, que 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 informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya insistido en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, alegó que el demandante tenía capacidad para indagar por sus propios medios las condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que éste manifestó con respecto de su afiliación a Colmena, ello ocurrió cuando trabajaba en la Universidad Nacional en 1996 como profesor de cátedra, que el mecanismo era que le daban las cátedras y una vez iniciaba clases, pasaba a personal donde le entregaron unos documentos para firmar, entre ellos el contrato de trabajo y el formulario de colmena, en ese momento no le dieron información referente a cómo le iba a quedar la pensión o que le hubiera realizado una proyección, no le comentaron que podía trasladarse nuevamente a Colpensiones; que firmó el formulario, se iba a trabajar, aseveró que no había ningún funcionario de Colmena sino que era el personal de la secretaría, quien le entregaba los documentos para su firma, que no buscó asesoría porque no

tenía ninguna motivación, cuando llegó le entregaron el formulario de Colmena, no le dijeron que había ningún otro fondo, y les entregaron el contrato, y de no firmarlo no trabajaba.

Al referirse a su traslado a Porvenir, dijo que tuvo ocasión en el año 1999 cuando se ganó el concurso en la Universidad Distrital y dentro de los documentos que debían diligenciar estaba el de la afiliación a pensiones, salud, el examen médico, el certificado del das, y una vez le dieran la resolución que el concurso quedaba en firme, debía llenar esos documentos; que en una cafetería estaban todos los fondos privados, excepto Colpensiones o el ISS, la gente buscaba el que menos tuviera filas, la persona encargada le pidió los documentos, le llenó los formularios y no le informó del ISS, así como hizo referencia al terror que había con el ISS, cuando escuchaba que la gente que estaba en ese fondo había perdido su pensión, que no le dio otra información sobre las características del régimen, porque el tiempo que duró fueron 5 minutos, y que sabía de los rendimientos de la cuenta pero por la información contenida en el reporte.

De esta probanza no se puede evidenciar una confesión o que haya aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características y diferencias de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, por cuanto quedó evidenciado que ninguno de los fondos le suministró información alguna, máxime que fueron los asesores quienes diligenciaron sus formulario.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que no le asiste razón al apoderado de Porvenir al censurar la orden de restituciones mutuas, porque conforme a la línea jurisprudencial de nuestro máximo órgano de cierre que, de manera pacífica se ha venido construyendo hasta la fecha en torno a la declaratoria de ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo en el sentido que lo ordenó la *a quo* que, tanto Porvenir SA como Protección SA, trasladen 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 ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como viene adoctrinado desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. y que ha venido reiterando su posición en las sentencias 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.

Sumado a ello, se advierte tampoco son de recibo los ataques en torno a la improcedencia de la indexación de las condenas, por cuanto se insiste que, conforme al precedente jurisprudencial 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, ante el menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden de la *a quo*, contenida en el numeral segundo, de condenar a las AFP Porvenir a devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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; y se adicionará el numeral tercero en sentido condenar a su vez a la AFP Protección SA, devolver no solo los gastos de administración, sino los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que estuvo afiliado el señor Nelson Reynaldo Becerra Correa, por estar obligados a la devolución de estos tres conceptos, sin importar que no hubiera sido el fondo que efectuó el traslado inicial del RPMPD al RAIS, por cuanto, toda afiliación debe estar sucedida del suministro de la debida información, cómo se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará así mismo los numerales segundo y tercero de la sentencia, para precisar que todas las

obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA y Colfondos SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, Junto 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-.

2.7. 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en relación a las costas impuestas a **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 con el demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy 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 séptimo 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 adicionará, revocará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir y en favor del demandante, por haber sido vencido en la alzada. Sin lugar a condena en costas a Colpensiones, por

haberle prosperado el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir, 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: REVOCAR parcialmente el numeral séptimo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 26 de julio de 2023 dentro del proceso promovido por **Nelson Reynaldo Becerra Correa** contra la AFP Protección SA, Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia en el sentido de ordenar a Porvenir SA, que las órdenes de traslado deberán cumplirlas dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, junto 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, en armonía con las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a Protección SA, remitir a Colpensiones, los dinero que recaudó por concepto de cuotas de administración, seguros previsionales y aportes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, durante el tiempo que perduró la afiliación a ese fondo; órdenes de traslado que deberá cumplir dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, junto 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, en armonía con las consideraciones antes expuestas.

CUARTO: Confirmar la sentencia en lo demás.

QUINTO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir y en favor del demandante, por haber sido vencida en la alzada. Sin lugar a condena en costas a Colpensiones, por haberle prosperado el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir, y en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/q/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EixmoYX751xKiHWfyk8sih4B9ONjV-pblmHYS01M8dxSPq?e=ta8Cv9



DEMANDANTE:	Adriana Villar Tejada
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA, Colfondos SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
I Colfondos TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502720210057101 11001310502720210057101

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), **la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Colfondos y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Adriana Villar Tejada** en contra de **Colfondos SA y Colpensiones**.

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 se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- que efectuó a Colfondos SA; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Colfondos SA trasladar a Colpensiones sus aportes; y a Colpensiones a

recibir los aportes e incorporarlos en la historia laboral; y que le reconozcan la pensión de vejez (págs. 2-3 pdf. 01, C001).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, nació el 9 de septiembre de 1964; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, hasta que se trasladó a Colfondos SA en el año 1999. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, y que solo le informaron de las ventajas del régimen. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 1-2, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colfondos SA, en su contestación no admitió ningún hecho de la demanda, sino que manifestó no constarle o no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruir las pretensiones formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, y pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y que nadie puede ir en contra de sus propios actos (pág. 2-36, anexos 37-115, idem).

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, el período que estuvo afiliado al RPMPD, y del agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito, las de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido

inexistencia del derecho, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica (pág. 2-16, pdf. 08, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 17 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ADRIANA VILLAR TEJADA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS efectuado el 25 de octubre de 2000 y el que posteriormente se efectuó a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 20 de febrero de 2013, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ADRIANA VILLAR TEJADA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ADRIANA VILLAR TEJADA, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y actualizar la historia laboral de la demandante para incluir las semanas cotizadas al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000.00 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.

Decisión a la que arribó en aplicación del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CJS, en razón de que tanto Colfondos como Porvenir no cumplieron con la carga probatoria para demostrar con suficiencia que le hubiera suministrado a la demandante la debida información sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional que estaba efectuando; sin que ninguno de los formularios de traslado suscritos por la actora puedan demostrar un consentimiento informado y

libre de vicios, porque no tiene por sí solo, la suficiencia para demostrarlo, ni que los traslados horizontales que efectuó impliquen una ratificación de su decisión de cambio de régimen; así como tampoco del interrogatorio de parte se logró una confesión de que hubiera recibido una información clara y precisa.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos, como motivo de inconformidad censuró la sentencia, en cuanto le ordenó devolver los gastos de administración, porque éstos se causan y descuenta por disposición legal y por ende son exigibles y tienen una destinación específica conforme al Decreto 2555 de 2010, otros para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia para amparar los riesgos de invalidez y muerte, y que las pólizas siguen cumpliendo su específica destinación; que en la fijación del litigio no se estableció la devolución de dineros en poder de terceros que no se vincularon al proceso.

Precisó que tampoco procede la indexación de los dineros a devolver a Colpensiones, por cuanto con los rendimientos que ha realizado a Colfondos son superiores a los que hubiera podido percibir la demandante en el RPMPD.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que no se demostró que las AFP al momento del traslado de la actora y su movilización dentro del RAIS, no se le hubiera suministrado la debida información al momento de la asesoría que las haga incurrir en vicios del consentimiento; por el contrario los formularios de afiliación suscritos contienen la manifestación de que lo hizo libre de presiones y por su propia voluntad, y que se cumplió con el lleno de los requisitos de ley vigentes en esa oportunidad; así como que tampoco hizo uso del derecho de retracto.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Colpensiones**, reiteró los argumentos expuestos en primera instancia, y agregó que la demandante se encuentra en la prohibición de ley para que opere su traslado, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad mínima; solicitando la revocatoria de la sentencia (pdf. 05, C02).

Porvenir, expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y

consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladado oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad del demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Que no procede la devolución de los gastos de administración, de los seguros previsionales tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de conformidad a la estructura del RAIS, y que se desestime la condena en costas (pdf 06, idem).

La apoderada de la **demandante**, en sus alegatos insistió en que tanto Porvenir, como el fondo al cual se trasladó inicialmente del RPMPD al RAIS, y Colfondos, donde migró posteriormente, no le brindaron información suficiente, veraz y oportuna como quedó demostrado en el proceso, a quien le incumbía la carga de la prueba, solicitando la confirmación de la sentencia (pdf. 19, idem).

Según constancia secretarial Colfondos no recorrió el traslado para alegar.

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 la juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Adriana Villar Tejada 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 14 de noviembre de 1967 como se acredita en la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 40, pdf. 01, C01) **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 1 de octubre de 1997, hasta el 31 de marzo de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 61-64, pdf. 07 ídem); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA, a través de la suscripción del formulario de vinculación el día 25 de octubre de 2000, con fecha de efectividad el 1 de abril de 1996 (pág. 39, 38 pdf. 10, ídem), **vi)** luego migró a BBVA Horizonte hoy Porvenir SA según diligenciamiento del formulario de vinculación fechado 08 de marzo de 2001 (pág. 68, pdf. 01m, ídem), **vii)** y posteriormente diligenció otro formato el 20 de marzo de 2013 hacia BBVA Horizonte hoy Porvenir SA, donde se encuentra afiliada desde el 1 de abril de 2013 como consta en el certificado expedido por Porvenir SA (pág. 67, 68 pdf. 01, pág. 116, pdf. 06, ídem), **viii)** traslados de régimen pensional acreditados en el formato SIAFP (pág. 71, ídem); **ix)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 76-77, pdf. 01, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar 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)».

Así, el fondo de pensiones debe proporcionar e indicar a la usuaria 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Colfondos SA, deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, tanto Colfondos SA como Porvenir SA debían probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos

de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, tal y como lo invoca a su favor Colfondos y Colpensiones en la sustentación de sus recursos, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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).

Se itera, que 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 informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos SA insistió en sus alegatos que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, alegó que la demandante tenía capacidad para indagar por sus propios medios las condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que ésta manifestó que el asesor de Colfondos estaba en una oficina donde ella estaban alrededor de 12 o 15 personas que trabajaban en la misma empresa, al momento de firmar el formulario estaba la persona de recursos humanos y la asesora de Colfondos, la reunión duró como una hora, que le informaron de los beneficios que iban a tener con respecto a una mayor rentabilidad de la que les daba el ISS, que podían hacer uso del dinero que estaban

ahorrando para la pensión en cualquier momento, que se podía pensionar a la edad que quisiera y con el dinero que quiera, porque era como una cuenta de ahorro y al ser un fondo privado estaba fijado a un músculo financiero como era el citibank y que no iban a perder sus ahorros, en cambio al estar ISS pegado al gobierno tenía la posibilidad de perder su dinero porque podía desaparecer y que lo mejor que podían hacer para proteger la pensión era afiliarse a un fondo privado.

Aceptó que leyó y firmó el formulario de manera voluntaria, que tampoco realizó preguntas, pero que, no entendió que se estaba trasladando de un régimen público a un régimen privado, que no tenía conocimiento que existían políticas con el tema.

Y que lo mismo sucedió con la afiliación a Porvenir, lo que recuerda es la insistencia del asesor en que era mejor invertir en ese fondo que en Colpensiones, que el ISS desaparecería porque uno no podía acceder a ese fondo como si fuera su plata, en cambio en el fondo privado ella era dueña de su plata, la filosofía era la misma de Colfondos, que no le indicaron cómo se iba a pensionar, los requisitos que debía cumplir, ventajas o desventajas, no conocía los requisitos para pensionarse en el seguro en el año 2000, que le dijeron lo mismo de la rentabilidad, sin explicarle sobre las modalidades de pensión, solo que se podía llevar la plata para donde quisiera.

De esta probanza no se puede evidenciar una confesión o que haya aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características y diferencias de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, por cuanto quedó evidenciado que solo le indicaron de las ventajas respecto de la rentabilidad del monto de su pensión, para tomar su decisión.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que no le asiste razón al apoderado de Colfondos al censurar la orden de traslado de los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, porque conforme a la línea jurisprudencial de nuestro máximo órgano de cierre que, de manera pacífica se ha venido construyendo hasta la fecha en torno a la declaratoria de ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo en el sentido que lo ordenó la *a quo* que, tanto Colfondos SA como Porvenir trasladen 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 ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como viene adoctrinado desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. y que ha venido reiterando su posición en las sentencias 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.

Sumado a ello, se advierte tampoco son de recibo los ataques en torno a la improcedencia de la indexación de las condenas, por cuanto se insiste que, conforme al precedente jurisprudencial 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, ante el menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden de la *a quo*, de condenar a las AFP Colfondos y Porvenir a devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará el numeral segundo de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, unto 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-.

2.7. 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.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Colfondos y Colpensiones y en favor de la demandante, por haber sido vencidos en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y de Colfondos, en favor de la 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: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de julio de 2023 dentro del proceso promovido por **Adriana Villar Tejada** contra la AFP Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones; en el sentido de ordenar a Colfondos y a Porvenir

SA, que las órdenes de traslado deberán cumplirlas dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, junto 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, en armonía con las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos y en favor de la demandante, por haber sido vencidos en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de cada una de las recurrentes, y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/q/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EI4G-GbpoidLt7F9ag2rLZkB-VNksPU1I9hkBw4wHnpDA?e=0EKUt1



DEMANDANTE:	Marina Galindo Baquero
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
I Colfondos TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca, modifica y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502820210057301

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Marina Galindo Baquero** en contra de **Colfondos SA y Colpensiones**.

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 se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- que efectuó a Colfondos SA; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se

ordene a Colfondos SA trasladar a Colpensiones sus aportes; y a Colpensiones a recibir los aportes e incorporarlos en la historia laboral; y que le reconozcan la pensión de vejez (págs. 2-3 pdf. 01, C001).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, nació el 9 de septiembre de 1964; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, hasta que se trasladó a Colfondos SA en el año 1999. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, y que solo le informaron de las ventajas del régimen. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 1-2, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colfondos SA, en su contestación no admitió ningún hecho de la demanda, sino que manifestó no constarle o no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derribar las pretensiones formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, y pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y que nadie puede ir en contra de sus propios actos (pág. 2-36, anexos 37-115, idem).

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, el período que estuvo afiliado al RPMPD, y del agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito, las de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad,

protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido inexistencia del derecho, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica (pág. 2-16, pdf. 08, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARINA GALINDO BAQUERO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de abril de 1996, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARINA GALINDO BAQUERO identificada con C.C. 39.703.977, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

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 las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Decisión a la que arribó en aplicación del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CJS, en razón de que el fondo privado no allegó prueba suficiente que demuestre que el traslado de régimen que efectuó la demandante estuvo revestido del suministro de la información que implicaba su cambio de régimen pensional, o que le hubieren explicado las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas del traslado; sin que el formulario de traslado suscrito por la actora pueda demostrar un consentimiento informado y libre de vicios, porque no tiene por sí solo, la suficiencia para demostrarlo, así como tampoco del interrogatorio de parte se logró una confesión de que hubiera recibido una información clara y precisa.

Y relevó el estudio del reconocimiento de la prestación de vejez reclamada por la actora, en razón de que debe esperar a que se materialice la ineficacia y actualice la historia laboral dentro del RPMPD.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó conforme a derecho porque fue libre y espontáneo; que se encuentra en la prohibición de retorno al RPMPD porque le faltan menos de 10 años para tener el derecho a la pensión; que se afecta el principio de sostenibilidad financiera al ordenar el traslado a quien no ha contribuido con sus aportes en el fondo común del RPMPD.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Según constancia secretarial ninguna de las partes recorrió el traslado para alegar.

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 dla demandante Marina Galindo Baquero 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 9 de septiembre de 1964 como se demuestra con el registro civil de nacimiento (pág. 13, pdf. 07, C01) **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 23

de julio de 1984, hasta el 31 de marzo de 1996 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 79-82, idem); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA, a través de la suscripción del formulario de vinculación el día 28 de febrero de 1996, con fecha de efectividad el 1 de abril de 1996 (pág. 39, 38 pdf. 10, idem), **vi)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 17-19, pdf. 01, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar 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)".

Así, el fondo de pensiones debe 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Colfondos SA, deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, Colfondos SA debía probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, tal y como lo invoca a su favor el fondo privado y Colpensiones en su recurso, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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).

El argumento de Colpensiones, 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).

Dentro de sus deberes estaba informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos SA insistió en sus alegatos que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, como parte recurrente alegó que la demandante tenía capacidad para indagar por sus propios medios las condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que ésta manifestó que la afiliación a Colfondos se dio cuando entró a trabajar en Cafam en el año 1998, que cree que para esa fecha Colfondos se fusionó o compró a Cafam, y a todos los funcionarios le suministraron los formularios para afiliarse a Colfondos, que ningún asesor se les acercó a explicarles, solo le dejaron el formulario y le dijeron que se pasaría del ISS a Colfondos, y le preguntaron que si había puesto la información correcta, solo le dijo que iba a ser mejor que su salario no iba a decrecer, ella le preguntó que si iba a recibir una mejor pensión.

De esta probanza no se puede evidenciar una confesión o que haya aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago,

sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características y diferencias de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, para tomar su decisión.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo en el sentido que lo ordenó la *a quo* que, Colfondos 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 ninguna de las 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. y que ha venido reiterando su posición en las sentencias 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.

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos

de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará el numeral segundo de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.7. 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, y por la revisión en consulta, en relación a las costas impuestas a **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 con la demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy 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 cuarto de la sentencia objeto de alzada, para absolverla de la imposición de costas a su cargo en primera instancia.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante, por haber sido vencido en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y en favor de la 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: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 10 de julio de 2023 dentro del proceso promovido por **Marina Galindo Baquero** contra la AFP Colfondos SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo, en el sentido de ordenar a Colfondos SA, que las órdenes de traslado deberán cumplirlas dentro de los 30 días siguientes a la sentencia; en armonía con las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor dla demandante, por haber sido vencido en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y en favor dla demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Elxb2s5BtpBCl6-8qi3BZ_MBYr4sDVzWZ005h9GMJ2sMGg?e=mnoUxg



DEMANDANTE:	María Clara Gracia Buitrago
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
I Colfondos TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcial, modifica y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502920220039401 11001310502920220039401

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **María Clara Gracia Buitrago** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

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 se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- que efectuó en enero de 2004 a Porvenir SA; así como que se ordene el

retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir, trasladar a Colpensiones sus aportes cotizaciones, bonos pensionales, el porcentaje correspondientes los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y demás sumas con sus frutos e intereses; ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (págs. 1-3 pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, nació el 25 de junio de 1963; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el mes de abril de 1988 hasta el mes de diciembre de 2003, cuando se trasladó a Porvenir SA. Pero que, su decisión inicial del traslado no fue debidamente informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, y que solo le informaron de las ventajas del régimen con respecto a su mesada pensional. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones que fue despachada de forma desfavorable, y posteriormente una acción de tutela en contra de las demandadas, también resuelta de forma insatisfactoria (pág. 3-9, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA, no aceptó ninguno de los hechos, sino que manifestó que no constar de ellos, o no ser ciertos. Para derruir las pretensiones formuló como excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (pdf. 06, idem).

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, y del agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los

requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pdf. 07, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 17 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciere la señora MARÍA CLARA GRACIA BUITRAGO identificada con C.C. N. 63.302.742, realizada ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 20 de noviembre de 2003 inicio de efectividad 01 de enero de 2004, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA CLARA GRACIA BUITRAGO, por cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinadas para garantía de la pensión mínima para lo cual se le concede el término de 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinadas para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

Con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CJS, arribó a esta decisión, en razón de que Porvenir, no demostró dentro del sumario que al momento de la afiliación de la actora, le hubiera brindado información, clara, cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, condiciones, beneficios y diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que del interrogatorio de parte no se logró la confesión de que hubiera recibido una información clara y precisa; que la firma registrada en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado registra la firma de un asesor, quien debía acreditar la debida información, aunado a que tampoco se demostró que al actor se le hubiera entregado el plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento de la AFP, conforme a la normatividad vigente para la fecha que

operó el traslado; aunado a que el interés económico del traslado no desvirtúa la ineficacia del mismo. Se abstuvo de ordenar la devolución de los gastos de administración, y los seguros previsionales destinados a la garantía de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, porque los primeros, están concebidos por mandato legal y los rendimientos que generaron la cuenta que van a ser trasladados por el fondo. Y que los seguros han cumplido su fin por el amparo de las contingencias que amparó a favor de la demandante, y que no ocurrió ninguna de las amparadas. Y por ser recursos de la seguridad social no impuso condena en costas a las demandas

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Demandante, se modifique el numeral segundo y revoque el numeral cuarto, con la finalidad que se ordene trasladar todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual sin ningún tipo de descuentos, incluyendo los gastos de administración incluyendo los seguros previsionales, en virtud de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia condensado en el precedente jurisprudencial con las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2021. Y que se condene en costas dada la objetividad de la imposición de las mismas, y que la calidad de parte se encuentra acreditada en el proceso y tanto Porvenir como Colpensiones, ejercieron los medios de defensa oponiéndose a la prosperidad de la acción; como se ha precisado en la SL 2461 de 2021.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso parcial contra el numeral segundo, para que se ordene la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales por parte de Porvenir a esa entidad, ante la declaratoria de ineficacia del traslado, conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia como en el radicado SL1055 de 2022.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Porvenir, expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo haberse trasladado oportunamente;

que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Que no procede la devolución de los gastos de administración, de los seguros previsionales tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de conformidad a la estructura del RAIS, y que se desestime la condena en costas (pdf 05, C02).

El apoderado de **Colpensiones**, reiteró los argumentos expuestos en primera instancia, y agregó que, al no participar en el acto de traslado o el negocio jurídico de traslado, actúa de buena fe y atendiendo a la normatividad aplicable, como administradora de los recursos del RPM y sujeta a la Ley aplicable (pdf. 06, C02).

Según constancia secretarial la parte demandante no describió el traslado para alegar.

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 la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante María Clara Gracia Buitrago 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 25 de junio de 1963 como se acredita en la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 50,

pdf. 01, C01) **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 15 de abril de 1988, hasta el 31 de diciembre de 1998 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (pág. 45-50, pdf. 07 ídem); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA, mediante el diligenciamiento de la solicitud de vinculación en fecha 20 de noviembre de 2003, con afiliación efectiva desde el 1 de enero de 20024 como se corrobora con el certificado expedido por Porvenir (pág. 96, 97 pdf. 13, ídem); **iv)** los traslados de régimen pensional acreditados en el formato SIAFP (pág. 93, pdf. 06 ídem); **ix)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 66, pdf. 12, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe 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 debe proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, o inclusive migrar dentro del RAIS, 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, la afiliada adujo la falta de información o la insuficiencia en la entrega de esta por parte de Porvenir SA, como la administradora que efectuó su traslado de régimen al RAIS; deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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 debía probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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, debe advertirse como lo indicó la juez que, la simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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).

Se itera, que 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 informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya insistido en sus defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, de las documentales que aportó, tales como el formulario de afiliación, el certificado de afiliación, el certificado de bonos pensionales, la historia laboral o el comunicado de prensa de la época que informaba la entrada en vigencia del RAIS a través de los fondos privados, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió, porque ninguno de estos elementos permite acreditar la información que se le hubiera suministrado a la actora al momento de su afiliación, y por su parte el formulario de vinculación tampoco contiene constancia alguna que le hayan explicado las condiciones de afiliación, las ventajas o desventajas o el manejo de la cuenta de ahorro individual a través de la cual se iba a financiar su pensión.

Por otra parte, de la valoración del interrogatorio se observa que ésta manifestó que en el año 2003 la nombraron directora de comunicaciones de Bavaria y cuando estuvo en la oficina de recursos humanos había un representante de Porvenir, le

preguntaron si se quería trasladar, el asesor le dijo que estaban como una nueva opción, y para ese momento el ISS estaba gravísimo y Porvenir era una nueva opción muy bien afamada, y lo que le podía prometer es que iba a tener una excelente pensión, para ella eso fue suficiente y por eso firmó el traslado, y los beneficios se vería reflejados en lo que sus hijos podía tener, no le dijeron nada específico de la pensión anticipada, se quedó con la información que él le dijo, que firmó el formulario libremente y sin presiones., no le explicaron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, no le indicaron los requisitos que debía cumplir con Porvenir, ni que sus aportes iban a producir rendimientos financieros, ni de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, lo que si le dijeron era que podían ser heredables a sus hijos; que no regresó al ISS hoy Colpensiones, porque estaba convencida de que las pensiones quedaban bajitas, por eso en el 2019 solicitó el traslado a Porvenir pero le dijeron que no podía, cuando tenía 56 años; que no ha realizado aportes voluntarios a pensión, que no le indicaron las modalidades de pensión

Probanza de la cual no se puede evidenciar una confesión o una aceptación de que conocía el régimen y las distintas modalidades de pensión, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características y diferencias de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, por cuanto quedó evidenciado que el fondo no le suministró información alguna, sino únicamente respecto del monto de su pensión que fue el motivo que la hizo trasladarse inicialmente por el cual ahora quiera retornar al RPMPD.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **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 las 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.

Corolario de lo antes expuesto, no comparte la Sala los argumentos de la primera instancia, relativos a que no procede la devolución de las cuotas de administración, si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, éstos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada sin atender a motivos de que su actuación estuvo revestida de buena fe por su gestión.

Así como también se ha precisado la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto

en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen *«es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título»*. y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

A raíz de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por consiguiente, se accederá a los reparos de la parte demandante y Colpensiones, y en consecuencia se modificará la orden de la *a quo*, contenida en el numeral segundo, para adicionar la condena a la AFP Porvenir a, devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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; por el tiempo que estuvo afiliado la señora María Clara Gracia Buitrago, por cuanto, toda afiliación debe estar sucedida del suministro de la debida información, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará así mismo el numeral segundo, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse junto 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-.

2.7. 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.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en relación a la censura del demandante en cuanto a la imposición de costas a los demandados Porvenir SA y Colpensiones, con respecto a 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 con la demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia.

Ahora bien, en cuanto a Porvenir, al respecto el artículo 365 del CGP indica que se trata de una condena objetiva que opera por el solo hecho de resultar la parte vencida en el proceso o en el recurso; por lo que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, declarándose la ineficacia del traslado de régimen, resultando la demandada Porvenir SA vencida en el Proceso, sí hay lugar a imponer tal condena a su cargo, y a favor de la parte activa (Ver al respecto CSJ SCL, Rad 40993 del 22 de enero de 2013, M. P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), por lo que se revocará parcialmente el numeral cuarto para condenar a costas a Porvenir SA en primera instancia, las cuales deberán ser tasadas por el juzgado.

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

Sin costas de segunda instancia ante la prosperidad de los recursos impetrados por ambos recurrentes.

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: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por **María Clara Gracia Buitrago** contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; para en su lugar condenar a costas de primera instancia a Porvenir SA, las cuales deberán ser tasadas por el juzgado; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

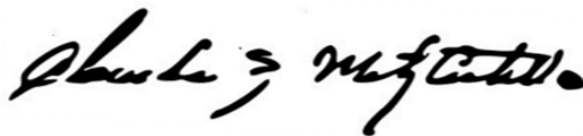
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia en el sentido de ordenar a Porvenir SA, deberá devolver además de los conceptos ordenados en la sentencia de primera instancia, los gastos de administración y los seguros previsionales, y los bonos pensionales, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa; y adicionarlo para que, las órdenes de traslado se cumplan, junto 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, en armonía con las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Sin lugar a condena en costas en segunda instancia, por no haberse causado.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EixmoYX751xKjHwfyk8sih4B9ONjV-pblmHYSo1M8dxSPg?e=ta8Cv9



DEMANDANTE:	Jaqueline de Marie Tabiana Magalona
DEMANDADA:	Colpensiones, Colfondos y Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
I Protección TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310503520230003601 11001310503520230003601

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), **la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Jaqueline de Marie Tabiana Magalona** en contra de **Protección SA y Colpensiones**.

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 se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- que efectuó a través de la AFP Colmena, hoy Protección SA y del horizontal que realizó hacia Colfondos; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Colfondos SA trasladar a Colpensiones

sus aportes; y a Colpensiones a recibir los aportes e incorporarlos en la historia laboral; y que le reconozcan la pensión de vejez (págs. 1-2 pdf. 02, C001).

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones, expuso que, nació el 29 de mayo de 1961; estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, desde el mes de noviembre de 1990 hasta que se trasladó a Colmena hoy Protección SA en el año 1996, y posteriormente en agosto del año 2000, migró dentro del RAIS a la AFP Colfondos en agosto del año 2000. Pero que, ni la decisión inicial del traslado ni la del movimiento horizontal fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento ninguna de las AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Adujo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, resuelta de forma desfavorable (pág. 2-3, ídem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Protección SA, se opuso a las pretensiones de la demanda, solo admitió el hecho relativo a, la afiliación a ese fondo, de los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (pdf. 06, ídem).

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, el período que estuvo afiliado al RPMPD, el traslado al RAIS, y del agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; de los demás manifestó no constarle. Formuló como excepciones de mérito, las de 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 de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (pdf. 07, ídem).

Colfondos, en su contestación solo admitió los que hablan de la fecha de nacimiento y afiliación a ese fondo, del resto manifestó no constarle o no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derribar las pretensiones formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto y pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (pdf. 08, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 16 de junio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación del 26 de agosto de 1996, efectiva desde el 01 de octubre de 1996, por JACQUELINE DE MARIE TABIANA MAGALONA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad a la entonces AFP COLMENA (HOY APF PROTECCIÓN).

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A. y a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JACQUELINE DE MARIE TABIANA MAGALONA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con motivo de la afiliación de JACQUELINE DE MARIE TABIANA MAGALONA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A.; líquidense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Decisión a la que arribó en aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y de las subreglas para aplicar la ineficacia de la Sala Laboral de la CSJ, en razón de que el fondo de pensiones no probó el consentimiento debidamente

informado de la demandante para acceder al traslado de régimen y que pudiera establecer si le era la decisión más conveniente de acuerdo a las consecuencias jurídicas que ello conllevaría, y que resulta desprovista de buena fe aducir que la demandante debía intentar ilustrarse de las características del RAIS y por el contrario no se demostró que la AFP le hubiera informado los cambios que implicaba el cambio de régimen, así como tampoco se acreditó que le hubieran suministrado la debida información a la actora en el traslado horizontal que efectuó.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó conforme a derecho porque fue libre y espontáneo sin que se hubiera presentado coacción o coerción; que su derecho se encontraba en plena construcción su derecho pensional y se desconocía cuál sería su ingreso base de cotización para realizar un comparativo entre los distintos regímenes; que la solicitud de traslado al RPMPD se presentó cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de retorno al RPMPD porque le faltan menos de 10 años para tener el derecho a la pensión; que tenía el deber de informarse sobre las características del régimen, sin embargo permaneció en el RAIS inclusive trasladándose dentro del mismo régimen lo que ratifica su intención de aceptar las condiciones de su pensión en el mismo.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Según constancia secretarial ninguna de las partes recorrió el traslado para alegar.

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 Jaqueline de Marie Tabiana Magalona 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 29 de mayo de 1961 como se acredita con la cédula de extranjería (pág. 22, pdf. 02, C01) **ii)** que cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 26 de noviembre de 1990, hasta el 30 de junio de 1996 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pdf. 07, ídem); **iii)** se trasladó al RAIS administrado por Colmena, hoy Protección SA, el 26 de agosto de 1996, con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1996 como se acredita en el certificado SIAFP (pág. 23, pdf 06 y pág. 22, pdf. 08), **iv)** se trasladó a Colfondos a través de la suscripción del formulario de vinculación el día 29 de junio de 2000, con fecha de efectividad el 1 de agosto de 2000 como se corrobora con el formato SIAFP (pág. 22, 23 pdf. 08, ídem), **vi)** el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 29-34, 45-47, pdf. 02, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el literal b) del artículo 13 se consagró que la selección 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, cuando se atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, ello traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación o escogencia de régimen pensional es una decisión libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar 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)».

Así, el fondo de pensiones debe 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 traslado 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 un afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, por la simple suscripción de un formulario de vinculación, sino que el fondo privado, debe demostrar sí cumplió o no con su deber en consonancia con lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha en que haya sucedido el traslado.

2.5 DE LA DEMOSTRACIÓN DE LA DEBIDA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA AFP

De este modo, como en el caso bajo estudio, la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de Colmena hoy Protección SA, al momento de su afiliación y luego de Colfondos ante el traslado horizontal, deberá valorarse el acervo probatorio al tenor del reciente precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional condensado en la SU 107 de 2024, se deberá verificar si el fondo privado demostró 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, tanto Protección SA como Colfondos, debían probar en contrario, que sí proporcionaron la información clara, completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, tenían la carga probatoria de arrojar elementos de convicción al interior del proceso

que, cada una por su parte, brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Por ello se deberá valorar 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, en razón de 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, por cuanto 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 simple firma del formulario de afiliación no es un elemento probatorio con suficiencia para acreditar que existió un 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).

Colofón de lo anterior, se insiste, 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 informar de 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 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. Labor que 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 -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque tanto Protección SA como Colfondos insistieran en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y por su parte Colpensiones, como parte recurrente alegó que la demandante tenía capacidad para indagar por sus propios medios las condiciones de afiliación al RAIS, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió.

De la valoración del interrogatorio se observa que la señora Jacqueline de Marie Tabiana Magalona, manifestó que, la afiliación a Colmena hoy Protección se dio cuando entró a trabajar como profesora en el Gimnasio La Montaña en el año 1996, y los asesores de Colmena los visitaron le dieron el formulario, la ayudaron a diligenciarlo y ella lo firmó, que eso sucedió en menos de 15 minutos, que el asesor le dijo que iba a tener mejor rendimiento que el ISS; que se cambió a Colfondos porque Colmena quebró, que esa afiliación también fue rápida, no tuvo información de su derecho pensional, no sabía que los aportes de su cuenta de ahorro individual le generaba unos rendimientos; que recibió un extracto de Colmena una vez, pero que no solicitó información al fondo, que no hubo presión al momento de vincularse a Colmena.

También relató que tenía conocimiento de que, el ISS se transformó en Colpensiones, pero que ninguno de los asesores le dijo cuáles eran los requisitos que debía cumplir para pensionarse, ni que podía pensionarse de manera anticipada ni cuántas semanas tenía en el ISS, o de las diferencias de estar vinculada al fondo privado, todo lo que le dijeron es que iba a tener una mesada pensional superior porque Colpensiones iba a quebrar, recordó que el colegio tenía la nómina en Colmena, y no sabía de la posibilidad de trasladarse a Colpensiones antes de los 47 años de edad.

De esta probanza no se puede evidenciar una confesión o que haya aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, pero de las diferencias en la mesada pensional, sin que ello signifique que haya quedado demostrado que conociera todas las características y diferencias de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado, para tomar su decisión.

Bajo tales premisas, 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.

2.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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 afiliado al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

En el grado jurisdiccional de consulta que se revisa la decisión, y con respecto a las consecuencias jurídicas que acarrea la ineficacia de traslado, ha sido la línea jurisprudencial trazada, reiterada y ampliada por nuestro máximo órgano de cierre, y así lo ha reflexionado esta Sala, que **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 todos los fondos privados trasladen 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 ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como se 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.

Por consiguiente, y como la *a quo* no ordenó de manera expresa la devolución de los conceptos denominados: gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se adicionará el numeral segundo a fin de ordenar tanto a Protección SA como a Colfondos, el traslado de estos conceptos a Colpensiones, por los períodos que estuvo afiliada a cada fondo respectivamente, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por ende, ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de las Administradoras del Fondo privado de pensiones demandadas, y menos devolverse al empleador cuando estos conceptos son los que permitirán financiar y no menoscabar el principio de sostenibilidad financiera que cobija a Colpensiones por ser un tercero de buena fe, en consecuencia es a este fondo a quien debe trasladarse todos los aportes, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, en virtud de los efectos *ex tunc* de esta sentencia, y así se adoctrinó:

las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima a Colpensiones, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL2952-2021, en la que se expresó:

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación

definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la sociedad apelante al solicitar que no se ordenara la devolución de los gastos de administración.

Por otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones que fueron cobradas a la demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar en forma debidamente indexada y asumir con cargo a sus propios recursos, en tanto, la ineficacia aparea que el acto de traslado no produjo algún tipo de efecto (CSJ SL2952-2021)".

Con la aclaración que los únicos conceptos a indexar son los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que 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.

En el grado jurisdiccional de consulta en que se revisa la decisión, se adicionará el numeral segundo de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida; con el suministro de la historia laboral del afiliado 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 ...”*.

2.7. 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.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante, por haber sido vencido en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y en favor de la 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 16 de junio de 2023 dentro del proceso promovido por **Jaqueline de Marie Tabiana Magalona** contra las AFP Protección SA, Colfondos y Colpensiones; en el sentido de ordenar el reintegro de las cotizaciones de la afiliada, junto con los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia; en armonía con las consideraciones antes expuestas, con el suministro de de la historia laboral del afiliado 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* ...”.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante, por haber sido vencido en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsNWVGw0dhpDhlwLCPNJaz0BPia8gOKSAHJKqhTwThrY1g?e=My4tZ1



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

DEMANDANTE:	Elvia Lucía Guzmán González y José Alejandro Villamizar Guzmán
DEMANDADA:	Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca sentencia.
RADICADO Y ENLACE:	11001310502820200033301 11001310502820200033301

En la ciudad de Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario seguido por la señora **Elvia Lucía Guzmán González** en su propio nombre y en el de su hijo inválido **José Alejandro Villamizar Guzmán** en contra de **Colpensiones**.

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

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

La señora Elvia Lucía Guzmán González llamó a juicio a Colpensiones con el propósito de obtener la reliquidación de la pensión de sobreviviente concedida a ella y a su hijo inválido, con ocasión de la muerte del señor José Alejandro Villamizar Villamizar, aduciendo que tiene derecho a un incremento de la tasa de

reemplazo en el 84 % sobre el IBL de \$437.069 liquidado al 7 de octubre de 2000, momento en que se causó el derecho. En consecuencia, que se condene a Colpensiones a pagarle las diferencias retroactivas, intereses moratorios; y costas (pág. 59, pdf. 01, C001).

1.2 HECHOS

En sustento de sus pretensiones dijo que ante el fallecimiento de José Alejandro Villamizar Villamizar, quien en vida fue su cónyuge y padre de sus hijos, ocurrida el 7 de octubre de 2000, solicitó al ISS, la pensión de sobrevivientes, pero la administradora la negó, en reemplazo le reconoció la indemnización sustitutiva a ella y sus dos hijos; contra esa decisión interpuso los recursos de ley y el ISS les otorgó la pensión de sobreviviente a los tres beneficiarios como consta en la Resolución N.º 1476 del 9 de octubre de 2003.

Posteriormente pidió la reliquidación de la prestación reconocida a fin de que le aplicaran la condición más beneficiosa con el Decreto 758 de 1990 y con ello le aumentaran la tasa de reemplazo al 90 %, junto con el retroactivo y la indexación, la cual fue resuelta desfavorablemente porque la entidad adujo: *«teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas por el causante (1.166) se aplicó una tasa de reemplazo del 84%, lo que arrojó una mesada que actualizada al 2019, equivale al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, en razón a que el Ingreso Base de Liquidación disminuye, por lo que no se generan valores a favor de la solicitante»*.

A pesar de haber interpuesto recursos de reposición y en subsidio apelación, el ISS confirmó la negativa de la reliquidación.

1.3 CONTESTACIÓN

Colpensiones se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, los admitió, pero para derruir las pretensiones propuso las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y la innominada o genérica (pdf. 09, ídem).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 13 de septiembre de 2022 el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro y pago de lo no debido; condenó en costas a la demandante y ordenó la consulta en su favor.

Con sustento en el precedente jurisprudencial plasmado en la sentencia CSJ SL3808 de 2020, explicó que el cálculo del IBL de las pensiones de sobrevivientes concedidas por condición más beneficiosa, a las que se aplica el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, deben liquidarse con arreglo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Procedió a reliquidar la pensión reconocida, sin que se generara una diferencia a favor de los demandantes, concluyendo que la mesada pensional estuvo bien liquidada y acorde con las disposiciones normativas y jurisprudenciales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** objetó la decisión aduciendo que, durante el trámite administrativo cumplido ante Colpensiones, al desatar los recursos, aplicó el Decreto 758 de 1990 para obtener la tasa de reemplazo del 84 %, pero para el IBL no acogió el reconocido inicialmente en la suma de \$435.658, sino uno nuevo de \$330.321, lo que le reduce el valor de la mesada pensional.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Según constancia secretarial, ninguna de las partes recorrió el traslado para alegar en segunda instancia (pdf. 05, C02).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de conformidad con lo señalado en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si acertó o no el juez, al negar la reliquidación de la pensión de sobrevivientes otorgada a los demandantes bajo el principio constitucional de la condición más beneficiosa con los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

5.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos (i) el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el extinto ISS mediante resolución del 9 de octubre de 2003 a los beneficiarios del causante José Alejandro Villamizar Villamizar, señora Elvia Lucía Guzmán González, José Alejandro Villamizar Guzmán y Luis Hernando Villamizar Guzmán; (ii) que el derecho le fue reconocido por el principio constitucional de la condición más beneficiosa, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, porque el causante no dejó causado el derecho a la fecha de su fallecimiento -7 de octubre de 2000- (iii) Colpensiones procedió a reliquidar la pensión de conformidad con el Decreto 758 de 1990, del cual obtuvo un nuevo IBL \$330.321 con una tasa de reemplazo del 84 %, que le arrojó una mesada pensional para el año 2000 equivalente a \$277.470, y que la misma fue actualizada siendo su valor equivalente a un (1) smlmv que es inferior a la que tiene reconocida; (iv) el agotamiento de la reclamación administrativa para obtener la reliquidación pensional.

5.4. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES RECONOCIDA BAJO EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Las normas laborales son de orden público como lo establece el artículo 16 del CST, tienen efecto general inmediato, y no son retroactivas, por lo que no pueden afectar situaciones definidas o consolidadas en vigor de una ley anterior; por ello

en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la que se encuentre vigente en el momento en que suceden los hechos que consolidan o permiten nacer a la vida jurídica un derecho.

Sin embargo, de antaño se ha venido aplicando el principio constitucional de la condición más beneficiosa basado en los postulados de favorabilidad e *in dubio pro-operario* contenidos en el artículo 53 de la Carta Política. La jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre ha acogido este principio, desarrollándolo para el reconocimiento excepcional de las prestaciones económicas por los riesgos de invalidez y muerte a fin de proteger las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado que fallece, pero su derecho solo se consolida con una norma anterior.

Esta postura se explica con claridad en la sentencia SL969-2023 en la que la Corte aplicó el principio de condición más beneficiosa a un caso en que no estaban reunidos los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes bajo las reglas de la normativa vigente al momento de la muerte, **pero sí las de la ley inmediatamente anterior:**

Acorde a los presupuestos legales establecidos por la norma en cita, es evidente que para efectos de obtener el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, se requiere que el afiliado hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento; luego, al no estar en debate que la causante no reúne la densidad de semanas allí exigidas, pues su última cotización la realizó en el año 2000, fácil resulta inferir que no hay lugar a reconocer la prestación deprecada.

Por situaciones como la expuesta, es que se abrió paso a la posibilidad de obtener de forma excepcional la pensión de sobrevivientes bajo las reglas del principio de condición más beneficiosa, pues su esencia busca proteger las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado que fallece, y que en ejercicio de sus labores cotizó al sistema la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, y el hecho generador, esto es, la muerte, ocurra en vigencia de la norma posterior.

A saber, una de las características más importantes de este principio, es que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, es decir, no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de unas normas que estuvieron vigentes y le eran aplicables a un grupo de afiliados, pues su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen anterior cuando el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo.”

Con esa tesitura, tenemos que si el derecho fue reconocido bajo el postulado de la condición más beneficiosa, la misma jurisprudencia que, ha abierto la oportunidad para que se aplique la norma inmediatamente anterior, también ha sido enfática en precisar que como este tipo de prestaciones se causaron estando en tránsito la Ley 100 de 1993, por excepción se les aplica la normatividad del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, pero la liquidación

del IBL debe hacerse de conformidad con las reglas de la Ley 100 de 1993, como lo explicó en la sentencia SL2542-2021:

Ahora bien, como el debate en sede de tutela, se orientó a obtener la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa y por esta vía, al reconocimiento de la pensión por muerte en favor de la actora del juicio, como cónyuge sobreviviente del afiliado fallecido, en aplicación de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el art. 1 del Decreto 758 de la misma anualidad, lo expuesto en sede de casación, sirve de sustento para acceder al reconocimiento de la prestación. (...)

Ahora bien, se precisa que de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, norma pertinente al asunto, el monto de la mesada inicial de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado fallecido, se obtiene así: *«será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación»* y que debe ser calculada al momento de la causación del derecho, es decir, a la muerte del asegurado.

En lo concerniente, ésta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL3808-2020 dijo:

La Corte precisó recientemente, en sentencia CSJ SL496-2018, rad. N.º 50572, que tanto el monto o porcentaje como el cálculo del ingreso base de liquidación (IBL) de las pensiones de sobrevivientes causadas en Ley 100 pero concedidas en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa, debe hacerse con arreglo *«a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y no el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990».*

De acuerdo con la jurisprudencia examinada, para resolver los reproches que la parte demandante hizo a la sentencia los cuales van encaminados a que se le reconozca una tasa de reemplazo superior a la reconocida por la demandada, procede la Sala a efectuar los cálculos aritméticos para liquidar la pensión y determinar si existe alguna diferencia en la mesada pensional, de las cuales se obtuvo el siguiente resultado:

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-may-89	31-may-89	\$ 39.310	31	\$ 341.516	\$ 2.941	1999	39,79	1988	4,58
1-jun-89	30-jun-89	\$ 39.310	30	\$ 341.516	\$ 2.846	1999	39,79	1988	4,58
1-jul-89	31-jul-89	\$ 39.310	31	\$ 341.516	\$ 2.941	1999	39,79	1988	4,58

1-ago-89	31-ago-89	\$ 39.310	31	\$ 341.516	\$ 2.941	1999	39,79	1988	4,58
1-sep-89	30-sep-89	\$ 39.310	30	\$ 341.516	\$ 2.846	1999	39,79	1988	4,58
1-oct-89	31-oct-89	\$ 39.310	31	\$ 341.516	\$ 2.941	1999	39,79	1988	4,58
1-nov-89	30-nov-89	\$ 39.310	30	\$ 341.516	\$ 2.846	1999	39,79	1988	4,58
1-dic-89	31-dic-89	\$ 39.310	31	\$ 341.516	\$ 2.941	1999	39,79	1988	4,58
1-ene-90	31-ene-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-feb-90	28-feb-90	\$ 41.040	28	\$ 282.523	\$ 2.197	1999	39,79	1989	5,78
1-mar-90	31-mar-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-abr-90	30-abr-90	\$ 41.040	30	\$ 282.523	\$ 2.354	1999	39,79	1989	5,78
1-may-90	31-may-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-jun-90	30-jun-90	\$ 41.040	30	\$ 282.523	\$ 2.354	1999	39,79	1989	5,78
1-jul-90	31-jul-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-ago-90	31-ago-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-sep-90	30-sep-90	\$ 41.040	30	\$ 282.523	\$ 2.354	1999	39,79	1989	5,78
1-oct-90	31-oct-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-nov-90	30-nov-90	\$ 41.040	30	\$ 282.523	\$ 2.354	1999	39,79	1989	5,78
1-dic-90	31-dic-90	\$ 41.040	31	\$ 282.523	\$ 2.433	1999	39,79	1989	5,78
1-ene-91	31-ene-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-feb-91	28-feb-91	\$ 54.630	28	\$ 284.147	\$ 2.210	1999	39,79	1990	7,65
1-mar-91	31-mar-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-abr-91	30-abr-91	\$ 54.630	30	\$ 284.147	\$ 2.368	1999	39,79	1990	7,65
1-may-91	31-may-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-jun-91	30-jun-91	\$ 54.630	30	\$ 284.147	\$ 2.368	1999	39,79	1990	7,65
1-jul-91	31-jul-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-ago-91	31-ago-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-sep-91	30-sep-91	\$ 54.630	30	\$ 284.147	\$ 2.368	1999	39,79	1990	7,65
1-oct-91	31-oct-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-nov-91	30-nov-91	\$ 54.630	30	\$ 284.147	\$ 2.368	1999	39,79	1990	7,65
1-dic-91	31-dic-91	\$ 54.630	31	\$ 284.147	\$ 2.447	1999	39,79	1990	7,65
1-ene-92	31-ene-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-feb-92	29-feb-92	\$ 61.950	29	\$ 254.123	\$ 2.047	1999	39,79	1991	9,70
1-mar-92	31-mar-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-abr-92	30-abr-92	\$ 61.950	30	\$ 254.123	\$ 2.118	1999	39,79	1991	9,70
1-may-92	31-may-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-jun-92	30-jun-92	\$ 61.950	30	\$ 254.123	\$ 2.118	1999	39,79	1991	9,70
1-jul-92	31-jul-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-ago-92	31-ago-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-sep-92	30-sep-92	\$ 61.950	30	\$ 254.123	\$ 2.118	1999	39,79	1991	9,70
1-oct-92	31-oct-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-nov-92	30-nov-92	\$ 61.950	30	\$ 254.123	\$ 2.118	1999	39,79	1991	9,70
1-dic-92	31-dic-92	\$ 61.950	31	\$ 254.123	\$ 2.188	1999	39,79	1991	9,70
1-ene-93	31-ene-93	\$ 79.290	31	\$ 259.880	\$ 2.238	1999	39,79	1992	12,14
1-feb-93	28-feb-93	\$ 79.290	28	\$ 259.880	\$ 2.021	1999	39,79	1992	12,14
1-mar-93	31-mar-93	\$ 79.290	31	\$ 259.880	\$ 2.238	1999	39,79	1992	12,14
1-abr-93	30-abr-93	\$ 79.290	30	\$ 259.880	\$ 2.166	1999	39,79	1992	12,14
1-may-93	31-may-93	\$ 79.290	31	\$ 259.880	\$ 2.238	1999	39,79	1992	12,14
1-jun-93	30-jun-93	\$ 79.290	30	\$ 259.880	\$ 2.166	1999	39,79	1992	12,14
1-jul-93	31-jul-93	\$ 79.290	31	\$ 259.880	\$ 2.238	1999	39,79	1992	12,14
1-ago-93	31-ago-93	\$ 79.290	31	\$ 259.880	\$ 2.238	1999	39,79	1992	12,14
1-sep-93	30-sep-93	\$ 89.070	30	\$ 291.935	\$ 2.433	1999	39,79	1992	12,14

1-oct-93	31-oct-93	\$ 89.070	31	\$ 291.935	\$ 2.514	1999	39,79	1992	12,14
1-nov-93	30-nov-93	\$ 89.070	30	\$ 291.935	\$ 2.433	1999	39,79	1992	12,14
1-dic-93	31-dic-93	\$ 89.070	31	\$ 291.935	\$ 2.514	1999	39,79	1992	12,14
1-ene-94	31-ene-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-feb-94	28-feb-94	\$ 500.000	28	\$ 1.336.132	\$ 10.392	1999	39,79	1993	14,89
1-mar-94	31-mar-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-abr-94	30-abr-94	\$ 500.000	30	\$ 1.336.132	\$ 11.134	1999	39,79	1993	14,89
1-may-94	31-may-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-jun-94	30-jun-94	\$ 500.000	30	\$ 1.336.132	\$ 11.134	1999	39,79	1993	14,89
1-jul-94	31-jul-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-ago-94	31-ago-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-sep-94	30-sep-94	\$ 500.000	30	\$ 1.336.132	\$ 11.134	1999	39,79	1993	14,89
1-oct-94	31-oct-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-nov-94	30-nov-94	\$ 500.000	30	\$ 1.336.132	\$ 11.134	1999	39,79	1993	14,89
1-dic-94	31-dic-94	\$ 500.000	31	\$ 1.336.132	\$ 11.506	1999	39,79	1993	14,89
1-ene-95	31-ene-95	\$ 16.666	1	\$ 36.336	\$ 10	1999	39,79	1994	18,25
1-feb-95	28-feb-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-mar-95	31-mar-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-abr-95	30-abr-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-may-95	31-may-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-jun-95	30-jun-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-jul-95	31-jul-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-ago-95	31-ago-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-sep-95	30-sep-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-oct-95	31-oct-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-nov-95	30-nov-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-dic-95	31-dic-95	\$ 150.000	30	\$ 327.041	\$ 2.725	1999	39,79	1994	18,25
1-ene-96	31-ene-96	\$ 150.000	28	\$ 273.784	\$ 2.129	1999	39,79	1995	21,80
1-feb-96	29-feb-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-mar-96	31-mar-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-abr-96	30-abr-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-may-96	31-may-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-jun-96	30-jun-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-jul-96	31-jul-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-ago-96	31-ago-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-sep-96	30-sep-96	\$ 200.000	30	\$ 365.046	\$ 3.042	1999	39,79	1995	21,80
1-oct-96	31-oct-96	\$ 284.500	30	\$ 519.278	\$ 4.327	1999	39,79	1995	21,80
1-nov-96	30-nov-96	\$ 284.500	30	\$ 519.278	\$ 4.327	1999	39,79	1995	21,80
1-dic-96	31-dic-96	\$ 284.500	30	\$ 519.278	\$ 4.327	1999	39,79	1995	21,80
1-ene-97	31-ene-97	\$ 284.500	30	\$ 426.857	\$ 3.557	1999	39,79	1996	26,52
1-feb-97	28-feb-97	\$ 284.500	30	\$ 426.857	\$ 3.557	1999	39,79	1996	26,52
1-mar-97	31-mar-97	\$ 346.000	30	\$ 519.130	\$ 4.326	1999	39,79	1996	26,52
1-abr-97	30-abr-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-may-97	31-may-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-jun-97	30-jun-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-jul-97	31-jul-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-ago-97	31-ago-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-sep-97	30-sep-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-oct-97	31-oct-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-nov-97	30-nov-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52

1-dic-97	31-dic-97	\$ 172.000	30	\$ 258.065	\$ 2.151	1999	39,79	1996	26,52
1-ene-98	31-ene-98	\$ 172.000	30	\$ 219.285	\$ 1.827	1999	39,79	1997	31,21
1-feb-98	28-feb-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-mar-98	31-mar-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-abr-98	30-abr-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-may-98	31-may-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-jun-98	30-jun-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-jul-98	31-jul-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-ago-98	31-ago-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-sep-98	30-sep-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-oct-98	31-oct-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-nov-98	30-nov-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-dic-98	31-dic-98	\$ 401.000	30	\$ 511.240	\$ 4.260	1999	39,79	1997	31,21
1-ene-99	31-ene-99	\$ 401.000	30	\$ 438.105	\$ 3.651	1999	39,79	1998	36,42
1-mar-99	31-mar-99	\$ 462.000	30	\$ 504.750	\$ 4.206	1999	39,79	1998	36,42
1-abr-99	30-abr-99	\$ 401.000	30	\$ 438.105	\$ 3.651	1999	39,79	1998	36,42
1-feb-00	29-feb-00	\$ 520.320	30	\$ 520.320	\$ 4.336	1999	39,79	1999	39,79

Ingreso Base de Liquidación -IBL-	\$ 434.203,03
Semanas Cotizadas	1.166,43
Tasa de reemplazo	84,00%
Valor pensión	\$ 364.731

De lo expuesto emerge que el cálculo de la tasa de reemplazo se efectuó de conformidad con el Decreto 758 de 1990, bajo el principio de la condición más beneficiosa, que conforme a la densidad de semanas cotizadas por el causante –1.166-, solo le permite una tasa de reemplazo equivalente al 84 %, y no del 90 % como lo pretende la recurrente. Así, como que la liquidación del IBL sí se realizó conforme a la Ley 100 de 1993, esto es, *«el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión»*.

En ese orden, observa la sala que la mesada pensional obtenida liquidada en esta providencia asciende a la suma de \$364.731, resultando superior al valor que Colpensiones viene pagando a la demandante y que es equivalente al smlmv. Siendo ello así, se procede a liquidar la diferencia de las mesadas pensionales como lo muestra la siguiente tabla:

AÑO	IPC	MESADA PENSIONAL RELIQUIDADA	MESADA PENSIONAL ACTUAL
2000	8,75%	\$ 260.100	\$ 364.731
2001	7,65%	\$ 286.000	\$ 396.645
2002	6,99%	\$ 309.000	\$ 426.988
2003	6,49%	\$ 332.000	\$ 456.835
2004	5,50%	\$ 358.000	\$ 486.483

2005	4,85%	\$ 381.500	\$ 513.240
2006	4,48%	\$ 408.000	\$ 538.132
2007	5,69%	\$ 433.700	\$ 562.240
2008	7,67%	\$ 461.500	\$ 594.232
2009	2,00%	\$ 496.900	\$ 639.809
2010	3,17%	\$ 515.000	\$ 652.606
2011	3,73%	\$ 535.600	\$ 673.293
2012	2,44%	\$ 566.700	\$ 698.407
2013	1,94%	\$ 589.500	\$ 715.448
2014	3,66%	\$ 616.000	\$ 729.328
2015	6,77%	\$ 644.350	\$ 756.021
2016	5,75%	\$ 689.454	\$ 807.204
2017	4,09%	\$ 737.717	\$ 853.618
2018	3,18%	\$ 781.242	\$ 888.531
2019	3,80%	\$ 828.116	\$ 916.786
2020	1,61%	\$ 877.803	\$ 951.624
2021	5,62%	\$ 908.526	\$ 966.946
2022	13,12%	\$ 1.000.000	\$ 1.021.288
2023	9,28%	\$ 1.160.000	\$ 1.155.281
2024		\$ 1.300.000	\$ 1.262.491

Por lo tanto, al confrontar el valor calculado en esta oportunidad con el pagado a la parte demandante por Colpensiones, pero solo hasta la mesada del año 2022, porque de ahí en adelante comienza a disminuir, resultando menor al smlmv.

4.5. PRESCRIPCIÓN

Analizaremos a continuación la excepción de prescripción sobre la diferencia causada entre las mesadas pensionales recibidas por el actor, observándose que se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo de manera parcial en razón de que la reclamación administrativa que le negó la reliquidación del IBL de la pensión quedó agotada el 25 de septiembre de 2019, y la demanda se impetró el día 19 de septiembre de 2022, según acta de reparto (pdf. 3, C001), están afectadas por la prescripción las mesadas causadas con anterioridad al **25 de septiembre de 2016**, de conformidad con el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

- RETROACTIVO PENSIONAL

Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total, retroactivo
2016	5,75%	\$ 689.454	\$ 807.204	\$ 117.750	6	\$ 647.625
2017	4,09%	\$ 737.717	\$ 853.618	\$ 115.901	14	\$ 1.622.617
2018	3,18%	\$ 781.242	\$ 888.531	\$ 107.289	14	\$ 1.502.049
2019	3,80%	\$ 828.116	\$ 916.786	\$ 88.670	14	\$ 1.241.387
2020	1,61%	\$ 877.803	\$ 951.624	\$ 73.821	14	\$ 1.033.499
2021	5,62%	\$ 908.526	\$ 966.946	\$ 58.420	14	\$ 817.873

2022	13,12%	\$ 1.000.000	\$ 1.021.288	\$ 21.288	14	\$ 298.030
TOTAL		\$ 7.163.079				

Debido a esto, se revocará la decisión de primer grado, para acceder a las pretensiones de la demandante y ordenar a Colpensiones reliquidar la mesada pensional del señor José Alejandro Villamizar Guzmán, de manera retroactiva desde el 25 de septiembre de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2022, y pagar la diferencia causada, que arroja un valor total de \$7.163.079, pesos con la salvedad de que la mesada pensional a cargo Colpensiones se seguirá reconociendo en cuantía de 1 smlmv.

Así las cosas, la sentencia apelada se revocará.

Condenar en costas de primera instancia a Colpensiones ante las resultas del proceso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones, y en favor de la demandante.

Sin lugar a condena en costas a la parte demandante como única apelante, por haber prosperado el recurso.

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,

V. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 13 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Elvia Lucía Guzmán González en su propio nombre y en el de su hijo inválido José Alejandro Villamizar Guzmán en contra de Colpensiones; para en su lugar:

PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a reliquidar la mesada de la pensión de sobrevivientes concedida a los demandantes en forma retroactiva desde el 25 de septiembre de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2022, que arroja un valor total de \$7.163.079, pesos con la salvedad de que la mesada pensional a cargo se seguirá reconociendo en cuantía de un (1) smlmv; de conformidad con las razones antes expuestas.

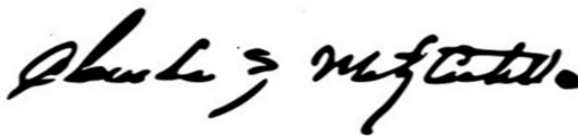
SEGUNDO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción sobre el retroactivo de la diferencia generada sobre las mesadas pensionales de la actora, desde el 25 de septiembre de 2016, hacia atrás; por las razones anotadas en la parte motiva.

TERCERO: Condenar en costas de primera instancia a Colpensiones ante las resultas del proceso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones, y en favor de la demandante.

SEGUNDO: Sin costas en esta segunda instancia.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

(*) Hipervínculo enlace de expediente:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqDLA80uObJKs7Q_MkbCrTUBp_Cm3jSIVmi-Af0zYxtuA?e=HXeeFN



DEMANDANTE:	Carmen Luisa Betancur Pulgarín
DEMANDADA:	Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca sentencia.
RADICADO Y LINK:	11001310503220210040301 11001310503220210040301

Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario seguido por la señora **Carmen Luisa Betancur Pulgarín** en contra de **Colpensiones**.

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

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

La señora Carmen Luisa Betancur Pulgarín convocó a juicio a Colpensiones con el propósito que sea condenada a reliquidarle la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2013, por ser beneficiaria del régimen de transición en aplicación del Decreto 758 de 1990; en consecuencia, se le aplique una tasa de reemplazo de 90 %, por cuanto cotizó en total 1.708 semanas en toda su historia laboral, liquidada sobre el promedio de los últimos 10 años cotizados, le reconozcan los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación; condene en costas y agencias en derecho, extra y ultra petita (pág. 3- , pdf. 01, C01).

1.2 HECHOS

Dijo que Colpensiones en la Resolución GNR 325947 del 29 de noviembre de 2013, le otorgó la pensión de vejez con base en la Ley 797 de 2003 en cuantía inicial de \$2.998.797, sobre un ibl de \$3964.565 y 1666 semanas; sin embargo, no tuvo en cuenta que al 1 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, conforme a su fecha de nacimiento -30 de mayo de 1955-, con lo que, al 1 de abril de 1994, tenía 35 años, superando el requisito de edad para conservar el régimen de transición; así como que las cotizaciones durante toda su historia laboral se hicieron al Régimen de Prima Media.

Aseveró que, el 16 de diciembre de 2020 solicitó la reliquidación pensional, pero Colpensiones la desestimó y a pesar de agotar los recursos de ley, la hoy encartada mantuvo la negativa (pág. 3-5, idem).

1.3 CONTESTACIÓN

Colpensiones al contestar la demanda negó que a la actora le asista el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, porque no cuenta con el mínimo de semanas cotizados ante dicha entidad para conservar el régimen de transición y aplicarle el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, sino que su afiliación data del año 1995, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; los demás hechos los admitió. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 19 de septiembre de 2022 el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, decisión a la que arribó al reflexionar que a la demandante no le es aplicable el acuerdo 049 de 1990 toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se encontraba afiliada al -RPM- a través del extinto ISS, sino que dentro del sumario se probó que para esa calenda estuvo afiliada como empleada pública al servicio de las instituciones: Hospital San

Gerardo, Hospital Sagrado Corazón de Jesús, y la Empresa Social del Estado San Jorge; de acuerdo a las cotizaciones que se efectuaron a las cajas de previsión social. Y que su afiliación al ISS comenzó en septiembre de 1995.

Y se apartó del precedente jurisprudencial traído a colación por el parte demandante condensado en la SL2616-2022, porque en este caso en concreto la actora nunca estuvo afiliada al ISS con anterioridad en la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, determinó que, de aplicársele el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 conforme a la edad para conservar el régimen de transición, solo procedería el reconocimiento de la pensión bajo la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988, las cuales establecen una tasa de reemplazo del 75 %, lo que desmejoraría la mesada ya reconocida. Reiterando que, en el caso concreto, la norma más favorable es la Ley 797 de 2003, y que fue con esta normatividad que Colpensiones le concedió el derecho prestacional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** censuró la decisión de primera instancia porque no consideró el precedente jurisprudencial condensado en la SU273-2022 que señala que no es obligatoria la afiliación antes del 1 de abril de 1994, para poder conservar el régimen de transición y consecuentemente que se le pueda reconocer la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aunado a que, también tiene derecho al pago de los intereses moratorios, porque la solicitud de pensión la elevó antes del cambio de postura condensado en la SL2616-2022 del 26 de julio de 2022.

Sumado a ello manifestó que, al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, la actora cumplía con la edad y el mínimo de 750 semanas cotizadas, para conservar la transición; y también con el requisito de las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años a la fecha de causación del derecho.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La apoderada de **Colpensiones** solicitó la confirmación de la sentencia, reiteró los argumentos en los cuales soportó su defensa tanto en la contestación como en los alegatos, y advirtió que en caso de que se le aplique la transición, no cumple los

requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, porque solo cuenta con 938 semanas cotizadas a Colpensiones al 1 de abril de 1994. (pdf. 05, C002).

Según constancia secretarial, la parte demandante no describió el traslado para alegar en segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

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

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso sometido a estudio, se acreditaron o no los presupuestos jurisprudenciales para que la liquidación de la pensión se efectúe de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, como empleada pública beneficiaria del régimen de transición.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos (i) la fecha de nacimiento del demandante el **30 de mayo de 1955** como se demuestra con la copia del registro civil de nacimiento (pdf. 05, C01), (ii) su vinculación al ISS desde el **1 de septiembre de 1995** hasta el **30 de noviembre de 2013**; (iv) las 929,57 semanas reportadas y cotizada y reconocidas en la historia laboral expedida por Colpensiones; (v) los tiempos laborados al servicio de instituciones públicas acreditados en el CETIL por los siguientes períodos: 01/03/1980 al 31/03/1981, 01/06/1981 al 16/06/1983 – 30/06/1983, 07/10/1986 al 31/10/1986, 06/01/1987 al 15/01/1987, 01/07/1995 al 20/08/1998, y del 01/08/1998 al 03/01/2005; (vi) a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al 1 de abril de 1994 tenía 38 años y 663.14 semanas cotizadas como empleada del sector público, y más de 15 años de servicio.

4.4. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE VEJEZ BAJO EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN SIN AFILIACIÓN PREVIA AL ISS HOY COLPENSIONES

En el caso bajo estudio, la actora pretende la reliquidación de su mesada pensional de vejez, bajo el supuesto que conservó el régimen de transición y le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en razón de que inició su vida laboral como empleada pública, y que si bien se afilió al extinto ISS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya contaba con los requisitos de edad y densidad de semanas suficientes para que la prestación le fuera concedida a la luz de esta normatividad y no de la Ley 797 de 2003

El a quo despachó desfavorablemente sus pretensiones en cuanto consideró que, aunque la demandante hubiera tenido cotizaciones previas a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no las efectuó al ISS hoy administrado por Colpensiones, sino como empleada pública a distintas cajas de previsión; por lo tanto, de eso entendió que estaba afiliada al Régimen de Prima Media, lo que le impide aspirar a que se le aplique el régimen de transición para obtener la reliquidación de su mesada pensional.

Sobre el aspecto controvertido, la Corte Constitucional, en el precedente vertido en la sentencia SU273 de 2022, vigente a la fecha de la decisión de primera instancia, y que es vinculante, reiteró que, para quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es dable exigir la afiliación al ISS o la cotización a este organismo, antes de entrar en vigor la mencionada norma, para acceder a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en la referida sentencia la alta corporación dijo:

La posibilidad de aplicar ultractivamente el Acuerdo 049 de 1990 para quienes no estaban afiliados al ISS a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y son beneficiarios del régimen de transición

(...)

25. En conclusión, en la actualidad existe un precedente unificado, pacífico, uniforme y reiterado que rechaza la exigencia de haber estado afiliado o haber cotizado al ISS para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), como condición para aplicar de manera ultractiva los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990. Eso para peticionarios beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y por las siguientes razones: (i) porque no existe disposición constitucional, legal o reglamentaria que contenga o sustente tal exigencia; se trata en realidad de una regla sin un sustento adicional al criterio de COLPENSIONES o de algunos jueces que han omitido tener en cuenta el precedente vinculante explicado en los fundamentos jurídicos anteriores; (ii) es contraria a los principios de igualdad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y del principio de favorabilidad, pues supone un acto discrecional que impide el reconocimiento de un derecho, sin justificación alguna, y (iii) vulnera derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital y la vida, pues trunca la obtención de una mesada pensional para quienes son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse, al cumplir con los requisitos exigidos en aquel régimen que les fuere más favorable, previo al consagrado en la Ley 100 de 1993.

En ese mismo sentido la sentencia SU273 de 2022 señaló:

Tercero: Inaplicó el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el párrafo 1º del artículo 33 de esa misma normatividad; disposiciones que definen el alcance del régimen de transición y la posibilidad de acumular semanas cotizadas a distintos fondos pensionales con las cotizaciones hechas al ISS.

Tal y como lo expuso la Sala anteriormente, el régimen de transición supone la vigencia ultractiva de regímenes pensionales previos, respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. En consecuencia, la sentencia del 26 de agosto de 2021 omitió aplicar estos tres factores, en la forma en la que están regulados en el Acuerdo 049 de 1990. Y negar la aplicación de ese acuerdo supone necesariamente impedirle acumular los tiempos cotizados al ISS con los hechos a otros fondos de pensiones, con el fin de reunir las semanas necesarias para cumplir uno de los requisitos de la pensión de vejez. Lo anterior supone una contravención del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que sí hace viable la acumulación de aportes hechos a distintos fondos, con los efectuados al ISS.

Cuarto. Inaplicar el Acuerdo 049 de 1990 supone, de suyo, la aplicación de otros regímenes pensionales. Aunque la sentencia objeto de cuestionamiento en sede de tutela no lo hace explícito, al estudiar la solicitud de pensión de la accionante, COLPENSIONES estableció que ella no cumplía con los requisitos para pensionarse previstos en la Ley 71 de 1988 o en la Ley 100 de 1993, conforme a su modificación hecha por la Ley 797 de 2003.

La Sala recuerda que una de las formas en las que se incurre en el defecto sustantivo consiste en que el juez se apoye en una norma evidentemente inaplicable a un caso concreto. Ocurre que, aun cuando la Ley 100 de 1993 está vigente con sus modificaciones y la Ley 71 de 1988 puede tener efectos ultractivos en virtud del régimen de transición, los requisitos previstos por estas disposiciones impiden que la actora acceda a una pensión de vejez.

En el caso de la accionante, la única normatividad que debe regirle en virtud del principio de favorabilidad es el Acuerdo 049 de 1990. Negar la aplicación de tal acuerdo supone necesariamente estudiar su solicitud de pensión a partir de otros regímenes pensionales (por ejemplo la Ley 71 de 1988 o la Ley 797 de 2003). El Consejo de Estado incurrió en defecto sustantivo porque se limitó a analizar la situación de la actora a la luz de esos regímenes y se rehusó a aplicar el Acuerdo en cita, en contravía del principio de favorabilidad laboral.

Del mismo modo, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, si bien tenía la misma postura del juez, en cuanto a que no era posible sumar tiempos servidos para entidades públicas no cotizados al ISS y en instituciones privadas, con el fin de aplicar el Acuerdo 049 de 1990 a las personas beneficiarias del régimen de transición, desde el 2020 abandonó ese criterio en sentencias como la SL1947-2020, SL1981-2020, SL3110-2020, SL4480-2020 y SL182-2021, y en la SL3801-2021, en esta última precisó:

El párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en que para la pensión de vejez de los beneficiarios del régimen de transición se debe tener en cuenta la sumatoria del tiempo de servicio público y las semanas cotizadas al ISS o a entidades de previsión social

Aunque la Ley 100 de 1993 es clara en que las pensiones del régimen de transición se regulan por todas las disposiciones de esa normativa (excepto los tres aspectos ya referenciados), incluido lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 y el párrafo 1.º del artículo 33 conforme se explicó a espacio, en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso ser mucho más incisivo en tal aspecto.

En efecto, en dicha disposición recalcó que **«para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la**

vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio».

Tal proposición normativa no puede entenderse referida a la pensión de vejez ordinaria prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como otrora lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, toda vez que está inmersa en el artículo que regula el régimen de transición. Pero, además, es equivocado concebir que un inciso incorporado en una disposición que regula temáticamente un asunto, en este caso, el régimen de transición, no se refiera a la materia reglamentada sino a otra diferente y consagrada en artículo distinto. Más aún, este precepto no es más que la expresión de coherencia del sistema de seguridad social, en cuanto reconoce el trabajo humano como pilar fundamental del sistema de protección social y, por ello, pretende darle significación en la causación de las pensiones.” (Énfasis fuera del texto).

La jurisprudencia mencionada es la que se debió considerar para desatar la litis, más si se observa que el Decreto 2527 de 2000, en su artículo 52 señala entre las entidades administradores del régimen de prima media con prestación definida al extinto ISS, las cajas, y los fondos o entidades de seguridad social existentes del sector público o privado. Lo anterior cobra relevancia si se observa que en el mismo expediente administrativo reposan los certificados CETIL donde se encuentran acreditados los tiempos laborados y cotizados por la demandante, de los cuales se puede evidenciar que también conserva el régimen de transición por tiempo de servicios, de acuerdo con esto, el estudio de su pensión debió efectuarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990.

Corolario de los argumentos y presupuestos jurisprudenciales antes expuestos, deviene revocar la decisión de primera instancia, para acceder a la reliquidación de la mesada pensional, en aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, y en razón de ello se procede a realizar el estudio de la conservación del régimen de transición de la actora.

4.5 CONSERVACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en su artículo 12 enlista los requisitos para obtener la pensión de vejez:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas **(500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas**, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. (Negrillas fuera del texto).

A su vez, el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 modificó y reguló los distintos escenarios donde el afiliado puede conservar el régimen de transición:

Parágrafo transitorio 4º: El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Partiendo de la normativa citada, al analizar el caso de marras, se pudo verificar, con la copia del registro civil de nacimiento obrante en el expediente administrativo, que la demandante nació el 30 de mayo de 1955, es decir, que al 1º de abril de 1994 alcanzó 38 años, igualmente quedó demostrado que en esa data tenía 663,14 semanas cotizadas, lo que permite concluir que conservó el régimen de transición.

En consecuencia, deviene plausible examinar si conservó los requisitos de pensión según el Decreto 758 de 1990, ya que llegó a los 55 años el 30 de mayo de 2010, y para esa calenda sumaba 1.483,57 semanas cotizadas en su historia laboral. Así se colige que la demandante tenía satisfechos los presupuestos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, lo que permite la reliquidación de su pensión en virtud de esta normatividad.

En lo que concerniente al monto de la pensión de vejez de la demandante, se tendrá en cuenta que continuó cotizando hasta noviembre 1º de 2020, cuando reunió 1.702 semanas, reconocidas por Colpensiones en la resolución GNR 49268 del 15 de febrero de 2017, producto de la sumatoria de tiempos públicos y privados, se le aplica la tasa de reemplazo del 90 %. Al efectuar los cálculos aritméticos para liquidar la pensión, le es más favorable la mesada obtenida con el promedio de los últimos 10 años cotizados, correlacionada con el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones, actualizado a noviembre de 2021 y los certificados CETIL obrantes en el expediente administrativo como a continuación, se observa:

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-dic-03	31-dic-03	\$ 1.736.635	30	\$ 2.720.136	\$ 23.612	2012	78,05	2002	49,83
1-ene-04	31-ene-04	\$ 2.272.460	30	\$ 3.342.105	\$ 29.011	2012	78,05	2003	53,07
1-feb-04	29-feb-04	\$ 1.917.718	27	\$ 2.820.386	\$ 22.034	2012	78,05	2003	53,07
1-mar-04	31-mar-04	\$ 1.953.174	30	\$ 2.872.531	\$ 24.935	2012	78,05	2003	53,07
1-abr-04	30-abr-04	\$ 2.310.631	30	\$ 3.398.243	\$ 29.499	2012	78,05	2003	53,07
1-may-04	31-may-04	\$ 3.410.107	30	\$ 5.015.241	\$ 43.535	2012	78,05	2003	53,07
1-jun-04	30-jun-04	\$ 2.138.853	30	\$ 3.145.609	\$ 27.306	2012	78,05	2003	53,07
1-jul-04	31-jul-04	\$ 2.735.022	18	\$ 4.022.394	\$ 20.950	2012	78,05	2003	53,07
1-ago-04	31-ago-04	\$ 2.097.017	30	\$ 3.084.081	\$ 26.772	2012	78,05	2003	53,07
1-sep-04	30-sep-04	\$ 2.814.212	30	\$ 4.138.859	\$ 35.928	2012	78,05	2003	53,07
1-oct-04	31-oct-04	\$ 2.276.315	30	\$ 3.347.774	\$ 29.061	2012	78,05	2003	53,07
1-nov-04	30-nov-04	\$ 2.634.913	30	\$ 3.875.164	\$ 33.639	2012	78,05	2003	53,07

1-dic-04	31-dic-04	\$ 2.369.826	30	\$ 3.485.301	\$ 30.254	2012	78,05	2003	53,07
1-ene-05	31-ene-05	\$ 3.329.293	30	\$ 4.641.031	\$ 40.287	2012	78,05	2004	55,99
1-feb-05	28-feb-05	\$ 1.725.000	30	\$ 2.404.648	\$ 20.874	2012	78,05	2004	55,99
1-mar-05	31-mar-05	\$ 2.712.000	30	\$ 3.780.525	\$ 32.817	2012	78,05	2004	55,99
1-abr-05	30-abr-05	\$ 3.078.000	30	\$ 4.290.729	\$ 37.246	2012	78,05	2004	55,99
1-may-05	31-may-05	\$ 2.858.000	30	\$ 3.984.049	\$ 34.584	2012	78,05	2004	55,99
1-jun-05	30-jun-05	\$ 763.248	30	\$ 1.063.967	\$ 9.236	2012	78,05	2004	55,99
1-jul-05	31-jul-05	\$ 500.224	30	\$ 697.312	\$ 6.053	2012	78,05	2004	55,99
1-ago-05	31-ago-05	\$ 2.872.000	30	\$ 4.003.565	\$ 34.753	2012	78,05	2004	55,99
1-sep-05	30-sep-05	\$ 2.872.000	30	\$ 4.003.565	\$ 34.753	2012	78,05	2004	55,99
1-oct-05	31-oct-05	\$ 4.472.000	30	\$ 6.233.963	\$ 54.114	2012	78,05	2004	55,99
1-nov-05	30-nov-05	\$ 4.547.600	30	\$ 6.339.350	\$ 55.029	2012	78,05	2004	55,99
1-dic-05	31-dic-05	\$ 2.074.000	30	\$ 2.891.154	\$ 25.097	2012	78,05	2004	55,99
1-ene-06	31-ene-06	\$ 546.000	30	\$ 725.985	\$ 6.302	2012	78,05	2005	58,70
1-feb-06	28-feb-06	\$ 2.940.000	30	\$ 3.909.148	\$ 33.934	2012	78,05	2005	58,70
1-mar-06	31-mar-06	\$ 3.064.600	30	\$ 4.074.822	\$ 35.372	2012	78,05	2005	58,70
1-abr-06	30-abr-06	\$ 3.110.380	29	\$ 4.135.693	\$ 34.703	2012	78,05	2005	58,70
1-may-06	31-may-06	\$ 3.110.380	30	\$ 4.135.693	\$ 35.900	2012	78,05	2005	58,70
1-jun-06	30-jun-06	\$ 1.821.380	12	\$ 2.421.784	\$ 8.409	2012	78,05	2005	58,70
1-jul-06	31-jul-06	\$ 1.971.380	14	\$ 2.621.230	\$ 10.618	2012	78,05	2005	58,70
1-ago-06	31-ago-06	\$ 3.126.380	29	\$ 4.156.967	\$ 34.882	2012	78,05	2005	58,70
1-sep-06	30-sep-06	\$ 3.126.380	30	\$ 4.156.967	\$ 36.085	2012	78,05	2005	58,70
1-oct-06	31-oct-06	\$ 3.126.380	30	\$ 4.156.967	\$ 36.085	2012	78,05	2005	58,70
1-nov-06	30-nov-06	\$ 3.126.380	30	\$ 4.156.967	\$ 36.085	2012	78,05	2005	58,70
1-dic-06	31-dic-06	\$ 1.394.380	30	\$ 1.854.027	\$ 16.094	2012	78,05	2005	58,70
1-ene-07	31-ene-07	\$ 961.380	30	\$ 1.223.475	\$ 10.620	2012	78,05	2006	61,33
1-feb-07	28-feb-07	\$ 3.225.380	30	\$ 4.104.694	\$ 35.631	2012	78,05	2006	61,33
1-mar-07	31-mar-07	\$ 3.429.000	30	\$ 4.363.826	\$ 37.880	2012	78,05	2006	61,33
1-abr-07	30-abr-07	\$ 3.375.000	30	\$ 4.295.104	\$ 37.284	2012	78,05	2006	61,33
1-may-07	31-may-07	\$ 3.375.000	30	\$ 4.295.104	\$ 37.284	2012	78,05	2006	61,33
1-jun-07	30-jun-07	\$ 2.587.000	30	\$ 3.292.277	\$ 28.579	2012	78,05	2006	61,33
1-jul-07	31-jul-07	\$ 1.640.000	30	\$ 2.087.103	\$ 18.117	2012	78,05	2006	61,33
1-ago-07	31-ago-07	\$ 3.375.000	30	\$ 4.295.104	\$ 37.284	2012	78,05	2006	61,33
1-sep-07	30-sep-07	\$ 3.375.000	30	\$ 4.295.104	\$ 37.284	2012	78,05	2006	61,33
1-oct-07	31-oct-07	\$ 3.375.000	30	\$ 4.295.104	\$ 37.284	2012	78,05	2006	61,33
1-nov-07	30-nov-07	\$ 3.375.000	30	\$ 4.295.104	\$ 37.284	2012	78,05	2006	61,33
1-dic-07	31-dic-07	\$ 1.956.000	30	\$ 2.489.252	\$ 21.608	2012	78,05	2006	61,33
1-ene-08	31-ene-08	\$ 1.009.000	29	\$ 1.214.941	\$ 10.195	2012	78,05	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08	\$ 3.375.000	30	\$ 4.063.850	\$ 35.276	2012	78,05	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08	\$ 3.645.000	30	\$ 4.388.958	\$ 38.099	2012	78,05	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08	\$ 3.571.000	30	\$ 4.299.854	\$ 37.325	2012	78,05	2007	64,82
1-may-08	31-may-08	\$ 3.571.000	30	\$ 4.299.854	\$ 37.325	2012	78,05	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08	\$ 3.021.000	30	\$ 3.637.597	\$ 31.576	2012	78,05	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	\$ 1.635.000	30	\$ 1.968.710	\$ 17.089	2012	78,05	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	\$ 1.635.000	30	\$ 1.968.710	\$ 17.089	2012	78,05	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	\$ 4.136.000	30	\$ 4.980.173	\$ 43.231	2012	78,05	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	\$ 4.136.000	30	\$ 4.980.173	\$ 43.231	2012	78,05	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 2.501.000	30	\$ 3.011.463	\$ 26.141	2012	78,05	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 4.328.000	30	\$ 5.211.361	\$ 45.238	2012	78,05	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 1.176.000	30	\$ 1.314.997	\$ 11.415	2012	78,05	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	\$ 4.188.000	30	\$ 4.683.000	\$ 40.651	2012	78,05	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 4.649.000	30	\$ 5.198.488	\$ 45.126	2012	78,05	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	\$ 4.587.000	30	\$ 5.129.160	\$ 44.524	2012	78,05	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 4.587.000	30	\$ 5.129.160	\$ 44.524	2012	78,05	2008	69,80

1-jun-09	30-jun-09	\$ 3.779.000	30	\$ 4.225.658	\$ 36.681	2012	78,05	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 2.810.000	30	\$ 3.142.128	\$ 27.275	2012	78,05	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 4.642.000	30	\$ 5.190.660	\$ 45.058	2012	78,05	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 4.642.000	30	\$ 5.190.660	\$ 45.058	2012	78,05	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 4.642.000	30	\$ 5.190.660	\$ 45.058	2012	78,05	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 4.642.000	30	\$ 5.190.660	\$ 45.058	2012	78,05	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 2.810.000	30	\$ 3.142.128	\$ 27.275	2012	78,05	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 1.894.000	30	\$ 2.076.218	\$ 18.023	2012	78,05	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 5.673.000	30	\$ 6.218.787	\$ 53.983	2012	78,05	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 5.157.000	30	\$ 5.653.144	\$ 49.072	2012	78,05	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 5.157.000	30	\$ 5.653.144	\$ 49.072	2012	78,05	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 5.411.000	30	\$ 5.931.581	\$ 51.489	2012	78,05	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 3.066.000	30	\$ 3.360.973	\$ 29.175	2012	78,05	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 3.066.000	30	\$ 3.360.973	\$ 29.175	2012	78,05	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 5.221.000	30	\$ 5.723.301	\$ 49.681	2012	78,05	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 5.221.000	30	\$ 5.723.301	\$ 49.681	2012	78,05	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 5.221.000	30	\$ 5.723.301	\$ 49.681	2012	78,05	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 5.221.000	30	\$ 5.723.301	\$ 49.681	2012	78,05	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 3.820.000	17	\$ 4.187.514	\$ 20.598	2012	78,05	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 2.098.000	30	\$ 2.229.393	\$ 19.352	2012	78,05	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 5.330.000	30	\$ 5.663.805	\$ 49.165	2012	78,05	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 5.330.000	30	\$ 5.663.805	\$ 49.165	2012	78,05	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 5.638.000	30	\$ 5.991.095	\$ 52.006	2012	78,05	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 5.432.000	30	\$ 5.772.193	\$ 50.106	2012	78,05	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 5.099.000	27	\$ 5.418.338	\$ 42.331	2012	78,05	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 3.543.000	13	\$ 3.764.890	\$ 14.162	2012	78,05	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 5.432.000	30	\$ 5.772.193	\$ 50.106	2012	78,05	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 5.432.000	30	\$ 5.772.193	\$ 50.106	2012	78,05	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 5.432.000	30	\$ 5.772.193	\$ 50.106	2012	78,05	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 5.432.000	30	\$ 5.772.193	\$ 50.106	2012	78,05	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 4.294.000	30	\$ 4.562.923	\$ 39.609	2012	78,05	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 3.790.000	30	\$ 3.882.524	\$ 33.702	2012	78,05	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 5.526.000	30	\$ 5.660.904	\$ 49.140	2012	78,05	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 2.759.000	30	\$ 2.826.355	\$ 24.534	2012	78,05	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 2.759.000	30	\$ 2.826.355	\$ 24.534	2012	78,05	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 5.693.000	30	\$ 5.831.981	\$ 50.625	2012	78,05	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	\$ 5.693.000	30	\$ 5.831.981	\$ 50.625	2012	78,05	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 5.577.000	29	\$ 5.713.149	\$ 47.940	2012	78,05	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 2.759.000	30	\$ 2.826.355	\$ 24.534	2012	78,05	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 5.481.000	30	\$ 5.614.806	\$ 48.740	2012	78,05	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	\$ 5.716.000	30	\$ 5.855.543	\$ 50.829	2012	78,05	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 5.716.000	30	\$ 5.855.543	\$ 50.829	2012	78,05	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 4.894.000	23	\$ 5.013.476	\$ 33.365	2012	78,05	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 1.471.000	30	\$ 1.471.000	\$ 12.769	2012	78,05	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 1.509.000	27	\$ 1.509.000	\$ 11.789	2012	78,05	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 4.706.000	30	\$ 4.706.000	\$ 40.851	2012	78,05	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 5.051.000	30	\$ 5.051.000	\$ 43.845	2012	78,05	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 5.051.000	30	\$ 5.051.000	\$ 43.845	2012	78,05	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 4.794.000	30	\$ 4.794.000	\$ 41.615	2012	78,05	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 1.735.000	12	\$ 1.735.000	\$ 6.024	2012	78,05	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 1.499.000	0	\$ 1.499.000	\$ 0	2012	78,05	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 3.287.000	30	\$ 3.287.000	\$ 28.533	2012	78,05	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 1.499.000	30	\$ 1.499.000	\$ 13.012	2012	78,05	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 1.499.000	30	\$ 1.499.000	\$ 13.012	2012	78,05	2012	78,05

Ingreso Base de Liquidación -IBL-	\$ 4.061.830,93
Semanas Cotizadas	1.702,57
Tasa de reemplazo	90,00%
Valor pensión	\$ 3.655.648

Liquidación que nos arroja una mesada inicial de \$3.655.648 pesos, que supera la reconocida a la actora, e inclusive excede el monto calculado en la reliquidación efectuada en el año 2014, cuando la demandada fijó la mesada en \$3.079.271, mientras que la computada en esta oportunidad actualizada al 2014 asciende a \$3.726.568 con derecho a 13 mesadas anuales.

4.6 PRESCRIPCIÓN:

En cuanto a la fecha de liquidación del retroactivo pensional, se tiene que el derecho de la pensión se causó desde el 1 de diciembre de 2013, según resolución GNR 49268 del 15 de febrero de 2017, la demandante **agotó una primera** reclamación administrativa el 25 de enero de 2017, cuando solicitó: *“(…) Solicito reliquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 29 de Noviembre de 2013, teniendo en cuenta el Régimen de Transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 (…)*”. A través de la cual la administradora le negó el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, pero accedió a la reliquidación, conforme a la normatividad consagrada en la Ley 797 de 2003; siendo notificada el 20 de febrero de 2017.

Posteriormente, el 27 de febrero de 2019 que vuelve a solicitar la reliquidación de la pensión, solicitando: *“se reliquide la pensión(sic) aumentando la tasa a un ochenta y cinco 85% porciento aplicando la ley 100 de 1993 y el Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993…”*; negada mediante resolución SUB 260560 del 20 de septiembre de 2019, porque si bien es acreedora de la transición:

Que sobre el beneficio del Régimen de Transición, es procedente manifestar que por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, parágrafo transitorio 4, el Régimen de Transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho Régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del mencionado Acto Legislativo (25 de julio 2005); a los cuales se les mantendrá hasta el 31 de diciembre de 2014, que para el caso en concreto si bien el asegurado cumplía con lo preceptuado en la norma, se tiene que la edad requerida para pensionarse, 55 años, los cumplía el 30 de mayo de 2010, antes del 31 de julio de

2010 por lo cual en definitiva es acreedora en a la aplicación del régimen de transición.

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la reliquidación de la prestación reconocida, (...)

Que se aclara al asegurado(a), que habiéndose RELIQUIDADO la prestación, con base en las semanas cotizadas por el asegurado, con fundamento con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir en aplicación al Régimen de Transición legislación de la que se reitera es beneficiario, con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años (IBL 1), tal como se efectuó al resolver la prestación, se obtiene que con esta la mesada pensional se reduce, \$3.862.990, respecto a la que se encuentra percibiendo el asegurado, estableciéndose actualmente en la suma de \$3.870.734 para el presente año, según se puede ver en el anterior cuadro, debido a las variaciones del IPC decretadas por el Gobierno Nacional.”

Así las cosas, al evidenciarse que ambas reclamaciones se basan en el mismo argumento, que se le aplique el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que para su fecha de agotamiento sucedió antes del año 2020, cuando se dio el cambio jurisprudencial que, permitió la sumatoria de tiempos; es por esto que esa segunda solicitud no puede reanudar el término prescriptivo interrumpido por una sola vez, según el artículo 488 del CPTSS, y como lo ha venido sosteniendo la máxima Corporación de cierre, en sentencias como la SL4554-2022, donde dijo:

Asimismo, en sentencia CSJ SL12900-2014 la Corporación reiteró que si bien lo pretendido en ese “simple reclamo” debe estar individualizado, es decir, que lo solicitado debe ser claro y determinable, ello no significa que el escrito deba contener exigencias formales o un lenguaje técnico o jurídico para salir adelante. En esa oportunidad, así lo explicó: “Debe esta Sala recordar que la interrupción de la prescripción tiene como finalidad impedir que el transcurso del tiempo conlleve a la liberación de la obligación emanada del contrato laboral o de la seguridad social. Naturalmente, quien aspira a que dicho fenómeno no se consolide, en los términos del artículo 489 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe realizar un “simple reclamo escrito... recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado”, cuya consecuencia jurídica es la de que “interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

Como la demanda se presentó hasta el 16 de julio de 2021, se encuentran afectadas por la prescripción, todas causadas desde el 16 de julio de 2018 hacia atrás.

En ese sentido, el retroactivo se reconocerá a partir del 16 de julio de 2018, y se liquidará hasta el mes anterior en que se profiere esta sentencia -31 de enero de 2024- que arrojó el siguiente resultado:

Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total, retroactivo
2018	3,18%	\$ 3.751.438	\$ 4.540.031	\$ 788.593	6.15	\$ 4.849.846
2019	3,80%	\$ 3.870.733	\$ 4.684.404	\$ 813.671	13	\$ 10.577.719
2020	1,61%	\$ 4.017.821	\$ 4.862.411	\$ 844.590	13	\$ 10.979.672
2021	5,62%	\$ 4.082.508	\$ 4.940.696	\$ 858.188	13	\$ 11.156.445
2022	13,12%	\$ 4.311.945	\$ 5.218.363	\$ 906.418	13	\$ 11.783.437
2023	9,28%	\$ 4.877.672	\$ 5.903.013	\$ 1.025.340	13	\$ 13.329.424
2024		\$ 5.330.320	\$ 6.450.812	\$ 1.120.492	1	\$ 1.120.492
TOTAL						\$ 63.797.034

En consecuencia, Colpensiones pagará por retroactivo **\$63.797.034**, sobre el cual se ordenará a Colpensiones efectuar los descuentos para cotizaciones en salud, como lo dispone el inciso 3o del artículo 42 del Decreto 692 de 1994; y que debe seguir pagando la mesada pensional a la actora desde el 1 de enero de 2024 en \$1.300.000, más la mesada adicional de diciembre, con los reajustes legales anuales.

4.7. INTERESES MORATORIOS

Ante el reconocimiento de la reliquidación pensional en aplicación del precedente jurisprudencial, no hay lugar al reconocimiento de estos, ya que el atraso o como en el caso investigado, la falta de reconocimiento de la reliquidación se debió a que el régimen legal indicaba que la actora no podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez bajo tales normativas. Por lo que se itera en este caso se está reconociendo en virtud de la línea jurisprudencial que cambió en el sentido de permitir la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, para otorgar la pensión de vejez cuando no hubo afiliación previa al ISS hoy Colpensiones, no hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios deprecados por activa, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia en sentencias como la SL45070-2015.

Así las cosas, la sentencia apelada y consultada se revocará

Sin costas de segunda instancia por haber prosperado el recurso.

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,

I. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Carmen Luisa Betancur Pulgarín en contra de Colpensiones, para en su lugar:

PRIMERO: Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Carmen Luisa Betancur Pulgarín la reliquidación de su mesada pensional, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990, cuyo retroactivo arroja **\$63.797.034**, sobre el que deberá efectuar los descuentos para cotizaciones en salud, como lo dispone el inciso 3o del artículo 42 del Decreto 692 de 1994; y deberá seguir pagando la mesada pensional a la actora desde el 1 de febrero de 2024 en la suma de \$6.450.812, más la mesada adicional de diciembre, con los reajustes legales anuales.

SEGUNDO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, sobre el retroactivo pensional reconocido desde las mesadas causadas desde el 16 de julio de 2018, hacia atrás.

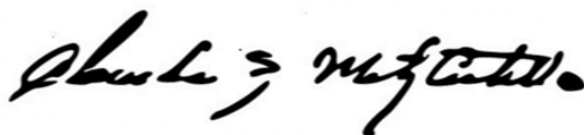
TERCERO: Declarar no probadas las demás excepciones propuestas por Colpensiones.

CUARTO: Condenar en costas en primera instancia, liquídense por la Secretaría del Juzgado.

SEGUNDO: Sin costas en segunda instancia.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

(*) Hiper vínculo link enlace de expediente:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eg4bJmfYznFGIPhUqk1pVjoBmChgJAg86Dpe7O7fCnHbQ?e=b4Qxm9



DEMANDANTE:	Omar Sotello Ulloa
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310500120210010901 11001310500120210010901

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Omar Sotello Ulloa** en contra de las demandadas.

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 la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir; que se declare que permaneció 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, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pdf. 02, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de diciembre de 1958; que estuvo afiliado al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; Que en 1994 se trasladó al RAIS a través de Porvenir; 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. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó el hecho de la fecha de nacimiento y la reclamación administrativa que presentó a la administradora, sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativo, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica (pdf. 08, *ídem*).

Porvenir respondió la demanda, dio por cierto el hecho relativo a la fecha de nacimiento del demandante y a la reclamación presentada, y declaró como no cierto el hecho referido al consentimiento informado, declarando que el actor no tenía ninguna restricción para realizar el cambio de régimen. Formula como excepciones las siguientes: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (pdf. 09, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 26 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor OMAR SOTELLO ULLOA identificado con la C.C. No. 79,145,181, a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor OMAR SOTELLO ULLOA identificado con la C.C. No. 79.145.181 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor OMAR SOTELLO ULLOA identificado con la C.C. No. 79.145.181 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO Sin costas para las partes en la presente instancia.

Consideró 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 haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y 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 la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante se opone a la absolución por las costas del proceso, aseverando que, por tratarse de la parte vencida, la decisión del juzgado debió ser emitiendo condena por costas a la parte opositora.

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que el demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento, que el actor no fue presionado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

Porvenir asevera que cumplió con la carga de la prueba, que dentro del plenario obra el formulario de afiliación, y que para aquella data este era el único requisito, sin que pueda exigírsele requisitos adicionales. Además, señala que debe tenerse en cuenta que el demandante de forma libre se decidió vincular al fondo y que nunca presentó ninguna inconformidad.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandada Porvenir rindió sus alegaciones, manifestando que para la fecha en que se dio el traslado de régimen no estaba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, además que, el actor desechó las múltiples oportunidades que el ordenamiento jurídico le otorgó para retomar al modelo de pensión ofrecido por Colpensiones y, por el contrario, de manera libre, voluntaria, y espontánea confirmó su fidelidad dentro del RAIS (pdf. 5, C02).

Colpensiones aseveró que el traslado es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a Ley permitir el traslado solicitado (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 Omar Sotello Ulloa 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) que el demandante nació el 30 de diciembre de 1958 (pág. 19, pdf. 03, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones a partir del 16 de noviembre de 1982 (pág. 1-2, ídem); iii) el 1 de septiembre de 1994 al RAIS administrado por Colpatria, mediante la suscripción de formulario de afiliación el día 9 de agosto de 1994; que posteriormente, realizó traslado horizontal a Porvenir, mediante suscripción del formulario el 9 de noviembre de 1998, teniendo como fecha definitiva de traslado el 1 de enero de 1999, y que cuenta con un total de 814 semanas (pág. 35, 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, 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).

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, 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.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP y más aún si este ha reiterado que no recibió la información suficiente, en este asunto, 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que el demandante insiste en su interrogatorio que cerca de cumplir su

edad se enteró del perjuicio que es estar en un fondo privado, que en el año 1994 venía de trabajar en una petrolera y que por recomendación de la empresa en que se laboraba en ese momento le era más beneficioso estar en un fondo privado y que les brindaron una información muy básica, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma al afiliado; (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, que el afiliado hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría el señor Sotello Ulloa, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen y del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó el mismo demandante cuando aseveró que le dieron una información muy básica, que tampoco se le dio a conocer cómo se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque Porvenir haya afirmado al contestar la demanda que al demandante «recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio

objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible», la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó un funcionario del fondo, que hicieron el trámite de suscripción del formulario, que le informaron que esa era su mejor opción por el Seguro Social se iba a acabar y que en el fondo le iría mejor, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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 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).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado del 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 Protección y Porvenir trasladen 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, **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.

Ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la 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.

Por consiguiente, es acertada la orden de devolución de todos los conceptos ordenados emitida por la primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección, deberán 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 del afiliado 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 COSTAS DEL PROCESO

Con relación a la absolución por las costas del proceso en primer grado, a la cual se opuso el extremo opositor, 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.

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 *ibídem*.

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).»

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas con respecto a 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 el 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. No siendo este el caso de la AFP demandada, contra quien, si se deben imponer condena en costas, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral sexto de la sentencia, disponiendo que el Juez de primer grado fije el valor de las agencias en derecho.

Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir y en favor del demandante, fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una, por prosperar el recurso interpuesto.

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

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: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de junio de 2023 dentro del proceso promovido por Roberto Luna Sánchez contra AFP Protección, Porvenir y

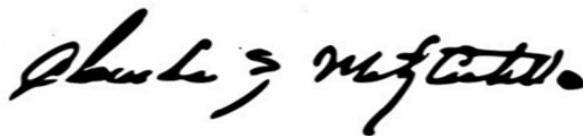
Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección y Porvenir deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia, condenando en costas de primera instancia a la AFP Porvenir. Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir y en favor del demandante, como se indica en la parte motiva.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Mónica Rey Dueñas
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir, Skandia y Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310500420200012101 11001310500420200012101

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por las administradoras Porvenir, Skandia y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora Mónica Rey Dueñas en contra de Colpensiones, Porvenir, Skandia y Protección 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 la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió 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 informada 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 Protección 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 la registre como una afiliada al RPMPD (pág. 8-10, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

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

Que a su vez realizó traslados horizontales a Old Mutual y Protección, sin embargo, no recibió una asesoría sobre las implicaciones de mantenerse en el RAIS

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Skandia se opuso a las pretensiones de la demanda, mientras que, en relación a los hechos, niega que a la demandante no se le hubiese suministrado la información requerida para un traslado debidamente informado. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, genérica (pdf. 04, C01).

Esa entidad llamó en garantía a Mapfre Seguros de Vida, llamamiento que sería aceptado en la providencia del 23 de septiembre de 2021 (pdf. 12, ídem).

Protección dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de esta; manifiesta que no es cierto que la afiliada no hubiese recibido asesoría en torno al traslado realizado y que la información estaba encaminada en poner de presente las características que se encuentran en cada uno de los regímenes. En contra de la pretensiones formula las excepciones de 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 declarará 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 (pdf. 05, *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a, la afiliación al RPMPD. 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, prescripción y la genérica (pdf. 06, *ídem*).

Porvenir niega los hechos relativos a la afiliación y la falta de asesoría para el traslado de régimen. Por otro lado, se opuso a las pretensiones del demandado y en su defensa propuso como 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 (pdf. 10, *ídem*).

La llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros SA se opone a las pretensiones de la demanda. En relación a los hechos, manifestó no constarles los hechos de la demanda. Formulan las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS, y los de sus posteriores traslados a otras AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por engaño, error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones (pdf. 14, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 5 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **MONICA REY DUEÑAS** a la **AFP PORVENIR S.A.**, realizada en mayo de 1998. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada 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 PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los 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 de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, y **SKANDIA S.A.**, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los 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 la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

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 **AFP PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA S.A.**, Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1 SMMLV a cargo de cada una de las demandadas.

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 a la 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.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir se opone a la sentencia, aseverando que el traslado se dio de forma voluntaria; que el traslado estuvo precedido de charlas de empleados de fondos, no solo de Porvenir sino de otros fondos. Y que en los múltiples fondos en que estuvo la demandante le ofrecían una serie de beneficios, a los cuales esta accedía y que la motivación económica, no es motivo suficiente para disponer la nulidad de la

afiliación. Y, por otra parte, es inadmisibile comparar las mesadas liquidadas en ambos regímenes, y que no es cierto que la AFP se encuentre en mejor posición para probar que si brindo la información suficiente a su afiliada al momento del traslado. Y también, se opone a las restituciones mutuas, y el traslado de las sumas debidamente indexadas. Por último, cuestiona la condena en costas en contra de Porvenir.

Skandia interpone recurso contra la orden de gastos de administración, de primas de seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, manifestando que la AFP cumplió con sus funciones de administrar los aportes de la demandante.

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 la actora contaba con los medios para entender, ilustrarse y asesorarse de una mejor manera. Además, que la negativa de recibir nuevamente a la afiliada 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.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes Skandia, Porvenir y Colpensiones hicieron uso de la oportunidad para alegar, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia, mientras que, la parte demandante alegó de conclusión solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia.

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 Mónica Rey Dueñas 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) cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde noviembre de 1991 (pág. 84, pdf. 02, ídem); ii) Que se afilió a Porvenir el día 8 de mayo de 1998 (Pág. 40, pdf. 10, ídem), con fecha de afiliación efectiva el 1 de julio del mismo año; iii) que tuvo traslados horizontales a Skandia y luego a Protección, en el que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1341 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 25, pdf. 01, 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, 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).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria 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 del 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 y más aún si esta ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría precaria, en este asunto, 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que la demandante insiste en su interrogatorio que no le fue informado

sobre las consecuencias que acarrearía su traslado, que en las empresas que laboraba en su momento le sugirieron el cambio de régimen, como motivación principal lo era que el Seguro Social tenía problemas económicos y que se iba a acabar y que en la AFP tenía una serie de beneficios para pensionarse, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma a la afiliada; (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, que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, que para el caso de Porvenir, no se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario suscrito por la afiliada con las AFP Skandia y Protección en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría la señora Mónica Rey Dueñas, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de

régimen, a merced de vincularse a un régimen del cual según su dicho desconocía de las consecuencias del acto de traslado, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 a la afiliada **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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó la misma demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque las AFP hayan afirmado al contestar la demanda y que a la demandante se le ofreció una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante ella se acercó que hizo el trámite con funcionarios de los fondos, que no le dieron una explicación e hicieron el trámite de suscripción del formulario, que posteriormente, recibieron una asesoría pero no fue de forma completa, que siempre le advirtieron que en el fondo le iría mejor, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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).

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 Protección SA, Skandia y Porvenir trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros para el caso del primero de ellos, 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 la defensa de Porvenir y Skandia, 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 las AFP's, 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. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Finalmente, con relación a la censura de **Porvenir** en la sustentación del recurso respecto de la condena en costas impuestas en primera instancia, debemos tener en cuenta que la misma se emite en su contra, por su actuar negligente u omisivo, y en consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia del fondo frente la situación particular de la demandante; así que las condenas que asume hoy por la declaratoria de ineficacia, provoca inexorablemente que se condene a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se confirmará esa condena.

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para cada uno de los fondos y en favor de los demandantes.

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: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 5 de julio de 2023 dentro del proceso promovido por Mónica Rey Dueñas contra AFP Protección, Porvenir, Skandia y

Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección, Skandia y Porvenir deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir, Skandia y Colpensiones y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para cada uno de los fondos y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



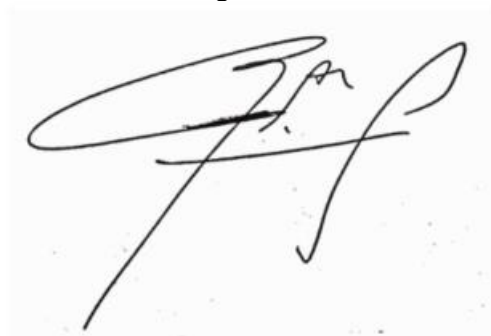
CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Gloria Rocío Gaona Palacios
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310500420210046701 11001310500420210046701

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor de está, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora Gloria Rocío Gaona Palacios en contra de Colpensiones y Protección 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 la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió 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 informada 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 Protección 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 la registre como una afiliada al RPMPD (pág. 3, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

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

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones aceptó los hechos referentes a, la afiliación al RPMPD y posterior traslado al RAIS, así como, la fecha de nacimiento de la demandante. Además, que, agotó la vía gubernativa frente a Colpensiones. 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, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (pdf. 08, *ídem*).

Protección dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de esta; manifiesta que no es cierto que la afiliada no hubiese recibido asesoría en torno al traslado realizado y que la información estaba encaminada en poner de presente las características que se encuentran en cada uno de los regímenes. En contra de la pretensiones formula las excepciones de 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 declarará 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 (pdf. 14, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de GLORIA ROCIO GAONA PALACIOS a la AFP PROTECCIÓN, suscrita el 29 de diciembre de 1998. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada 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 PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los 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 de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

La referida devolución deberá realizarse en un término de 45 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión.

TERCERO: 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.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PROTECCIÓN. Fíjense como agencias en derecho la suma de UN (01) SMLMV.

SEXTO: 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 a la 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.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, que no se comparte la decisión, dado que el acto de traslado tiene plena validez, y que no le asiste derecho a pedir el traslado, dado que de las pruebas se puede extraer que el traslado se produjo de forma libre y voluntaria. Que no se observaron vicios del consentimiento y que la actora no tiene la posibilidad de trasladarse a la fecha.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones hizo uso de la oportunidad para alegar, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso 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 Gloria Rocío Gaona Palacios 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) Que la demandante nació el 10 de febrero de 1964 (pág. 10, pdf. 01, C01); ii) cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde diciembre de 1986 (según historia laboral aportada con la

contestación de demanda); iii) Que se afilió a Protección el día 10 de diciembre de 1998 (Pág. 84, pdf. 14, ídem), con fecha de afiliación efectiva el 1 de febrero de 1999, en el que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1530 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 40, 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, 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).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria 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 del 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 y más aún si esta ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría precaria, en este asunto, 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, Protección 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, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que la demandante insiste en su interrogatorio que no le fue informado sobre las consecuencias que acarrearía su traslado, que en la empresa que laboraba en su momento llegó un empleado del fondo que les sugirió el cambio de régimen, como motivación principal lo era que el Seguro Social tenía problemas económicos y que se iba a acabar; que no les explicaron las condiciones del RAIS y sobre la forma en cómo se financiaría su pensión, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma a la afiliada; (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, que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, que para el caso de Protección, que se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario suscrito por la afiliada con la AFP Protección en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría la señora Gloria Rocío Gaona Palacios, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen, a merced de vincularse a un régimen del cual según su dicho desconocía de las consecuencias del acto de traslado, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 a la afiliada **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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó la misma demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes de pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social porque la entidad tendría riesgos de desaparecer.

Ahora, aunque la AFP hayan afirmado al contestar la demanda y que a la demandante se le ofreció una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante ella y varios compañeros de trabajo se acercó que hizo el trámite con un funcionario del fondo, que no le dieron una explicación e hicieron el trámite de suscripción del formulario,

que siempre le advirtieron que en el fondo le iría mejor, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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).

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 Protección 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, 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.

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 DE SEGUNDA INSTANCIA

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para esa demandada y en favor de la 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,

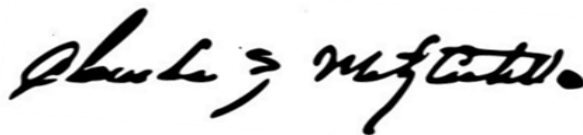
IV. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 10 de julio de 2023 dentro del proceso promovido por Gloria Rocío Gaona Palacios contra AFP Protección y Colpensiones, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para esa demandada y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Adriana Yidios Abirached
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310500920210055701 11001310500920210055701

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto la demandada Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Adriana Yidios Abirached** en contra de las demandadas.

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 AFP Porvenir; que se declare que permaneció 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, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses

moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (págs. 50-51, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que la demandante nació el 8 de mayo de 1967; que estuvo afiliado al RPMPD desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1991; Que en el año 1994, fueron contactados ella y su esposo por una asesora de Colpatria, y que por la insistencia de la asesora suscribe el formulario de afiliación; que no le fue entregado el reglamento establecido en el artículo 15 del decreto 656 de 1994; a partir de octubre de 1999, se trasladó al RAIS a través de Porvenir; que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir se opone a lo pretendido con la demanda; acepta el hecho referente a la fecha de nacimiento. Niega los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; aceptó el hecho que presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (pdf. 07, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento, manifestó no constarle los restantes hechos de la demanda. Formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (pdf. 09, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 5 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Adriana Yidios Abirached, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones – al RAIS, administrado por Cesantías y Pensiones Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 7 de junio de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que le fueron trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: De no ser apelado, Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Consideró 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 haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, la AFP tenía esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y 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 la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera. En consecuencia, ordena el reembolso de recursos recibidos por el RAIS, durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, debidamente indexadas.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir apela la decisión, cuestiona la decisión de nulidad del traslado y las consecuencias de esta, considerando que el precedente jurisprudencial no puede aplicarse de forma homogénea a todos los casos, advirtiendo que la demandante pudo validar en cualquier momento sobre su situación pensional. A su vez, indica que faltó diligencia de la demandante para solicitar información sobre ello. Por otra parte, presenta reparo frente a la orden devolución de primas de reaseguros, la cual, considera no es

viable el traslado de dichos recursos. Igualmente, repara lo decidido por gastos de administración, sobre las cuales considera tampoco deberán ser objeto de devolución. Y finalmente, respecto a la indexación, recurre lo sentenciado, asegurando que esta no procede frente a los gastos de administración, primas de reaseguro y fondo de garantía de pensión mínima.

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que cuestiona la decisión, que debe imperar el principio de buena fe, que el traslado goza de plena validez y la afiliada no puede beneficiarse de su propia culpa. Además, señala que la demandante no se interesó, y consideró que con la información dada por la asesora le bastaría para tomar la decisión de trasladarse, sin conocer de las implicaciones de su decisión, sin embargo, tomó la decisión de cambiarse de régimen.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Porvenir pide la revocatoria parcial de la sentencia, en lo referente a la orden de devolución de gastos de administración y sumas previsionales, así como, los traslados de rendimientos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones 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 Adriana Yidios Abirached 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) Que la demandante nació el 8 de mayo de 1967 (Pág. 5, pdf. 01, ídem); ii) Que la demandante se afilió inicialmente al

RPMPD desde agosto de 1991 (pág. 6, ídem); iii) luego se afilió al RAIS a través de Colpatria a partir del 7 de junio de 1994 y que cuenta con 1281 semanas cotizadas (Págs. 17 a 18, ídem); iv) Que presentó reclamación administrativa ante Porvenir (Pág. 28, 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, 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).

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, 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.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP y más aún si este ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría mínima sobre ese tópico, en este asunto, 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 al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindó la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que la demandante insiste en su interrogatorio que no fue informado sobre las consecuencias de su traslado, afirma que se dieron rumores que no era conveniente estar en Colpensiones y realizó con la asesora el diligenciamiento del formulario, pero refiere que no hubo una explicación de las implicaciones de su traslado; (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 de la afiliada. 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, que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional de la afiliada, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría la señora Yidios Abirached, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios y desventajas del cambio de régimen, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó el mismo demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque Porvenir haya afirmado al contestar la demanda que el demandante «*recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada y libre posible*», la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó una funcionaria de Porvenir, con quien hizo trámite de suscripción del formulario, que la asesora no le dio mayor información, y que admitió que no leyó el formulario firmado, por el contrario, desconoció que conociese todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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 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, **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.

Ahora bien, ante la orden de traslado dada por el a quo, que inclusive incluye la indexación de estos valores, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación confirma la orden que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

Por consiguiente, se confirmará la decisión de primera instancia, debidamente indexados para todos los conceptos, excepto los aportes y rendimientos.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir, deberán 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 COSTAS DEL PROCESO

Costas en segunda instancia para Colpensiones y Porvenir, por no haber prosperado el recurso de esa demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de estas demandadas y en favor de la demandante.

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

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: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 5 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por Adriana Yidios Abirached contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir y Protección deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia para Colpensiones y Porvenir, por no haber prosperado el recurso de esa demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de estas demandadas y en favor de la demandante.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Roberto Luna Suárez
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310501320200044901 11001310501320200044901

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Roberto Luna Suárez** en contra de las demandadas.

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 la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir; que se declare que permaneció 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 Protección, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus

rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 2, pdf. 02, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 1 de marzo de 1958; que estuvo afiliada al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; Que en 1998 se trasladó al RAIS a través de Porvenir; 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. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Protección, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó el hecho de afiliación al RPMPD, sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS, y declara como cierto que el actor realizó el agotamiento de la reclamación administrativa, pero en una fecha distinta a la indicada en la demanda. Formuló las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe (pdf. 08, *ídem*).

Porvenir respondió la demanda, dio por cierto el hecho relativo a la fecha de nacimiento del demandante, y declaró como no cierto el hecho referido al consentimiento informado, declarando que el actor no tenía ninguna restricción para realizar el cambio de régimen. Formula como excepciones las siguientes: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (pdf. 10, *ídem*).

Protección se opone a lo pretendido con la demanda; niega los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; y que esta fue libre y voluntaria. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena

fe, prescripción, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, 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 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 (pdf. 12, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 8 de junio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere el demandante a la AFP Porvenir S.A. el 9 de febrero de 1998, con fecha de efectividad el 1 de abril de 1998 y de contera el traslado horizontal a la AFP Colmena, el 27 de octubre de 1998, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. y a Protección 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, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que cada una tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

Consideró 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 haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y 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 la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que el demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento, que el actor no fue presionado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones aseveró que el traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante con la AFP PORVENIR S.A.-, en febrero de 1998, así como el posterior traslado horizontal con la AFP PROTECCIÓN S.A. en diciembre del mismo año, gozan de total legalidad y validez, motivo por el cual no debieron ser declarados como ineficaces, siendo en su lugar lo pertinente la declaratoria de validez de dicho traslado al RAIS y la permanencia en el mencionado régimen (pdf. 05, C02).

La demandada Porvenir rindió sus alegaciones, manifestando que Roberto Luna Suarez desechó las múltiples oportunidades que el ordenamiento jurídico le otorgó para retomar al modelo de pensión ofrecido por Colpensiones y por el contrario, de manera libre, voluntaria, y espontánea confirmó su fidelidad dentro del RAIS (pdf. 6, ídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso 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 Roberto Luna Suárez 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) que el demandante nació el 31 de marzo de 1958 (documento obrante en expediente administrativo); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones a partir del 17 de octubre de 1977 (historia laboral obrante en expediente administrativo); ii) el 1 de abril de 1998 al RAIS administrado por Porvenir, mediante la suscripción de formulario de afiliación el día 9 de febrero de 1998; que posteriormente, realizó traslado horizontal a Colmena AIG hoy Protección, mediante suscripción del formulario el 27 de octubre de 1998, teniendo como fecha definitiva de traslado el 1 de diciembre del mismo año, y que cuenta con un total de 1487 semanas (pág. 32, 37 y 52, pdf. 12, C01).

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, 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).

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, 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.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP y más aún si este ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría menor por un espacio de 15 minutos, en este asunto, 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que el demandante insiste en su interrogatorio que fue asaltado en su buena fe, con la afirmación que mantendría las mismas condiciones que en el

seguro social y que luego al informarse sobre su futuro pensional, en Protección le indicaron que recibiría una pensión muy por debajo de sus ingresos, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma al afiliado; (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, que el afiliado hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría el señor Luna Suárez, un trabajador con una antigüedad de 20 años, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen, a merced de perder

su derecho por ejemplo a ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó el mismo demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque Porvenir haya afirmado al contestar la demanda que al demandante «recibió una asesoría clara, veraz y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y RPM, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó un funcionario de Porvenir, que le dio una explicación de 15 minutos e hicieron el trámite de suscripción del formulario, que el asesor le informó que mantendría las condiciones del Seguro Social y que en el fondo le iría mejor, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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 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).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado del 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 Protección y Porvenir trasladen 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, **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.

Ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la 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.

Por consiguiente, es acertada la orden de devolución de todos los conceptos ordenados emitida por la primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección, deberán 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 del afiliado 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 COSTAS DEL PROCESO

Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, por prosperar el recurso interpuesto.

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

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: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de junio de 2023 dentro del proceso promovido por Roberto Luna Sánchez contra AFP Protección, Porvenir y

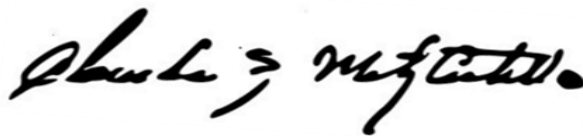
Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección y Porvenir deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, como se indica en la parte motiva.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	José Jovany Triana García
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310501720200045501 11001310501720200045501

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto la demandada Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **José Jovany Triana García** en contra de las demandadas.

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 la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir; que se declare que permaneció 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, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (págs.7-8, pdf. 02, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al RPMPD desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1999; Que a partir de octubre de 1999, se trasladó al RAIS a través de Porvenir; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría «concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen», donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento, manifestó no constarle los restantes hechos de la demanda. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la de obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (pdf. 05, *ídem*).

Porvenir se opone a lo pretendido con la demanda; niega los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; aceptó el hecho que presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, innominada o genérica (pdf. 06, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 16 de junio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO efectuado por el demandante, señor JOSÉ JOVANY TRIANA GARCIA identificado con la C.C. 79.261.693, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

-RAIS, a través de PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo considerado.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor TRIANA GARCÍA, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, como entidad administradora de ese régimen, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos intereses y rendimientos, debiendo devolver además los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propia patrimonio, según lo analizado.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A., a favor del demandante, y convalidarlos en su historia laboral, pudiendo incluso desplegar todas las actuaciones administrativas con miras a obtener la devolución de esos dineros, según lo expuesto en precedencia.

Consideró 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 haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y 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 la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

En consecuencia, ordena el reembolso de recursos recibidos por el RAIS, durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, debidamente indexadas.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir apela la decisión, cuestiona la orden devolución de primas de reaseguros, la cual, considera no es viable el traslado de dichos recursos. Igualmente, repara lo decidido por gastos de administración, sobre las cuales considera tampoco deberán ser objeto de devolución. Y finalmente, respecto a la indexación, recurre lo sentenciado, asegurando que esta no procede

frente a los gastos de administración, primas de reaseguro y fondo de garantía de pensión mínima.

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que cuestiona la decisión, que debe imperar el principio de buena fe, que el traslado goza de plena validez y la afiliada no puede beneficiarse de su propia culpa. Además, señala que la demandante por ser abogada y especialista en derecho laboral, podría conocer de las implicaciones de su decisión, sin embargo, tomó la decisión de cambiarse de régimen.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante centra sus alegatos, en que no existe prueba alguna que demuestre que Porvenir cumplió con su obligación al momento del traslado de brindar la información necesaria para obtener un consentimiento informado acerca de los regímenes, por lo que, su decisión no fue consciente e informada.

Colpensiones expone sus argumentos para la revocatoria de la sentencia, advirtiendo que el actor no realizó el traslado en el periodo permitido, que no se configura vicio de consentimiento en el acto de afiliación, y que no se podían imponer cargas imposibles, lo cual quebranta la seguridad jurídica, añade que corre el riesgo de descapitalización del sistema «al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas».

Porvenir pide la revocatoria parcial de la sentencia en su numeral cuarto, solicitándole a esta Sala que revoque la orden de devolución de las sumas debidamente indexadas, advirtiendo que los rendimientos reestablecen la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones 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 José Jovany Triana García 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) que el demandante nació el 17 de octubre de 1962 (Pág. 19, pdf. 02, ídem); ii) Que el demandante se afilió al RAIS a través de Porvenir a partir del 1 de diciembre de 1999 y que cuenta con 1071 semanas cotizadas (Págs. 21 a 23, ídem); iii) Que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (Pág. 44, 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, 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).

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, 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.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP y más aún si este ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría mínima sobre ese tópico, en este asunto, 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que el demandante insiste en su interrogatorio que no fue informado sobre las consecuencia de su traslado, que los funcionarios del Fondo llegaron a su lugar de trabajo y les proponen cambiarse al fondo privado con el argumento de que el Seguro Social iba a quebrar; refiere que no leyó, ni diligenció el formulario de afiliación, que lo diligencio la asesora y este le brindo la información; (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, que el afiliado hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría el señor Triana García, un trabajador con una antigüedad de 16 años, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios y desventajas del cambio de régimen, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó el mismo demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque Porvenir haya afirmado al contestar la demanda que el demandante accedió al traslado «después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales», la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó una funcionaria de Porvenir, con quien hizo trámite de suscripción del formulario, que la asesora le informó que el Seguro Social quebraría y que admitió que no leyó el formulario firmado, por el contrario, desconoció que conociese todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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 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).

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 y Protección trasladen 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, **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.

Ahora bien, ante la orden de traslado dada por el a quo, que inclusive incluye la indexación de estos valores, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación confirma la orden que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, junto con sus rendimientos, y que se traslade los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que 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.

Así mismo, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, junto 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-.

Por consiguiente, se confirmará la decisión de primera instancia, debidamente indexados para todos los conceptos, excepto los aportes y rendimientos.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir, deberán 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 del afiliado 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 COSTAS DEL PROCESO

Costas en segunda instancia para Colpensiones y Porvenir, por no haber prosperado el recurso de esa demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de estas demandadas y en favor de la demandante.

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

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: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 16 de junio de 2023 dentro del proceso promovido por José Jovany Triana García contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir y Protección deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y

detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia para Colpensiones y Porvenir, por no haber prosperado el recurso de esa demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de estas demandadas y en favor de la demandante.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Miguel Eliecer Pinto García
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310501920210035601 11001310501920210035601

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Miguel Eliecer Pinto García** en contra de las demandadas.

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 la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir; que se declare que permaneció afiliado 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, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses

moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 7 y 8, pdf. 02, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; Que en el mes de 1999 se trasladó al RAIS a través de Porvenir; 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. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó el hecho de afiliación al RPMPD y la reclamación administrativa a esta entidad, sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS. 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, innominada o genérica (pdf. 05, *ídem*).

Porvenir respondió la demanda, declaró como no cierto el hecho referido al consentimiento informado, declarando que el actor no tenía ninguna restricción para realizar el cambio de régimen y que se le brindo la asesoría suficiente. Formula como excepciones las siguientes: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica (pdf. 06, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 23 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor MIGUEL ELIECER PINTO GARCÍA, identificado con CC No. 19.378.408, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, identificada con NIT 800.144.331-3 realizado el día 23 de marzo de 1999 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante MIGUEL ELIECER PINTO GARCÍA, identificado con CC No. 19.378.408 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES desde el 04 de agosto de 1980, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, identificada con NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ELIECER PINTO GARCÍA identificado con CC No. 19.378.408, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

Consideró 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 haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y 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 la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir apeló la decisión de devolución de gastos de administración, primas previsionales debidamente indexadas, cuestionando que dichos pagos no son llamados a financiar las prestaciones, y que con respecto a la indexación podría constituir un doble pago, porque para tales fines se encuentran consagrados los rendimientos financieros.

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que el demandante que manifestó su voluntad con el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, que para esa fecha este era el único requisito, lo que impide la demostración

de un vicio en el consentimiento, que el actor no fue presionado. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandadas Colpensiones y Porvenir presentan sus alegaciones, solicitando la revocación de la decisión de primer grado. Mientras que, la parte demandante solicita la confirmación de la decisión de primer grado.

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 Miguel Eliecer Pinto García 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) que el demandante nació el 2 de agosto de 1959 (Pág. 21, pdf. 02, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones a partir del 4 de agosto de 1980 (pág. 40, ídem); iii) el 1 de mayo de 1994 al RAIS administrado por Porvenir, mediante la suscripción de formulario de afiliación el día 23 de marzo de 1994 (Pág. 39, ídem), y que cuenta con un total de 1809 semanas (pág. 45, 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, 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).

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, 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.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP y más aún si este ha reiterado que no recibió la información suficiente, en este asunto, 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 al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que el demandante insiste en su interrogatorio que en el año 1999 no tuvo contacto con empleados de Porvenir, que al momento de vincularse a un nuevo empleo le entregaron varios formularios de afiliación, entre esos el de Porvenir el cual firmó más no lo leyó, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma al afiliado; (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, que el afiliado hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese

accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría el señor Pinto García, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó el mismo demandante cuando aseveró que no tuvo contacto alguno con empleados del fondo, por ende, no recibió explicación alguna acerca de los pros y contras de un traslado de régimen pensional.

Ahora, aunque Porvenir haya afirmado al contestar la demanda que el traslado del demandante fue producto de una «decisión libre e informada», dando a entender que se le explicó las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y RPM, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que su empleador le presentó unos formularios e hicieron el trámite de suscripción del formulario, que no hubo una explicación, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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 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).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado del 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 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, **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.

Ante la orden de traslado, al no haberse solicitado como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación procede de oficio a ordenar que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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.

Por consiguiente, es acertada la orden de devolución de todos los conceptos ordenados emitida por la primera instancia, debidamente indexados.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir, deberán 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 del afiliado 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 COSTAS DEL PROCESO

Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir y en favor del demandante, fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de las demandadas, por prosperar el recurso interpuesto.

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

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: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 23 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Miguel Eliecer Pinto García contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la

información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir y en favor del demandante, como se indica en la parte motiva.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Ángela Yanira Sánchez Vargas
DEMANDADA:	Colpensiones, Skandia y Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502020220054801 11001310502020220054801

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora Ángela Yanira Sánchez Vargas en contra de Colpensiones, Skandia y Protección 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 la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió 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 informada 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 Skandia 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 la registre como una afiliada al RPMPD (pág. 1-3, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que la demandante nació el 8 de noviembre de 1972; que en septiembre de 1992, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM; que tomó la decisión de trasladarse a AFP Protección en marzo de 1999, mientras que, en diciembre de 2019, realizó un traslado a Skandia, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones se pronunció sobre la demanda, se opone a lo pretendido con la demanda. Manifiestan que es cierto los hechos sobre la afiliación y las semanas de cotización al RPMPD, la fecha de nacimiento de la actora; que no le constan los hechos referentes al traslado de régimen. Formula las siguientes excepciones: inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (pdf. 05, ídem).

Skandia manifiesta su oposición frente a las pretensiones de la demanda. Acepta únicamente los hechos relacionados con la afiliación a Skandia, y respecto a los restantes manifestó no constarles. Propuso como las excepciones: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular de la afiliada, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, buena fe, innominada o genérica (pdf. 07, ídem).

Protección se opuso a las pretensiones de la demanda, mientras que, en relación a los hechos, niega que a la demandante no se le hubiese suministrado la información requerida para un traslado debidamente informado. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de 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 declarará 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, innominada o genérica (pdf. 08, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora **ANGELA YANIRA SÁNCHEZ VARGAS** a la **AFP COLMENA hoy PROTECCION** el 18 de marzo de 1999 y su traslado horizontal a la **AFP PROTECCION** el 22 de diciembre de 2019 y **AFP SKANDIA** el 28 de noviembre de 2019, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante **ANGELA YANIRA SÁNCHEZ VARGAS** para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP SKANDIA S.A** a **DEVOLVER** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada **ANGELA YANIRA SÁNCHEZ VARGAS**, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A., y AFP SKANDIA S.A.** Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

Conforme a la decantada jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que procedente era declarar la ineficacia en la medida en que la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información que

siempre ha existido en cabeza de las AFP desde su creación; por cuanto no allegó ninguna prueba de haberle suministrado al actor la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz, clara y completa con respecto a cada una de las características de los regímenes vigentes, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, y mucho menos que conociera las implicaciones del traslado. Y que Colpensiones no probó la excepción que formuló de descapitalización del sistema, que queda cubierta con los conceptos que se ordenan trasladar del RAIS.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante manifestó su desaprobación frente a la decisión de primera instancia, respecto a la no condena de devolución de gastos de administración, trae a colación el precedente de nuestro órgano de cierre sobre este tópico.

Colpensiones interpone recurso contra la sentencia, presentando inconformidad en contra de la condena en costas en su contra, por ser esta entidad un tercero de buena fe y no tuvo responsabilidad sobre la decisión de traslado.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes Skandia y Colpensiones hicieron uso de la oportunidad para alegar, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia, mientras que, la parte demandante alegó de conclusión solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia.

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 Ángela Yanira Sánchez Vargas 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) que la demandante nació el 8 de noviembre de 1972 (pág. 46, pdf. 01, ídem); ii) cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde septiembre de 1992 (pág. 55, ídem); iii) Que se afilió a Colmena el día 18 de marzo de 1999 (Pág. 48, pdf. 08, ídem), con fecha de afiliación efectiva el 1 de marzo del mismo año, luego presentó traslados por fusión a ING y luego a Protección; iv) que tuvo traslados horizontales a Skandia, en el que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1050 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 26 y 38, pdf. 07, 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, 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).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria 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 del 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 y más aún si esta ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría precaria, en este asunto, 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, Protección 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda

vez que: (i) que la demandante insiste en su interrogatorio que no le fue informado sobre las consecuencias que acarrearía su traslado, que en la empresa que laboraba llegaron empleados de la AFP Colmena, que les indicaron que el fondo privado les beneficiaría, y que el Seguro Social tenía problemas administrativos y que se iba a acabar, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma a la afiliada; (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 de la afiliada. 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, que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, que para el caso de Protección, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario suscrito por la afiliada con las AFP Colmena, Protección y Skandia en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría la señora

Sánchez Vargas, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen, a merced de vincularse a un régimen del cual según su dicho desconocía de las consecuencias del acto de traslado, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 a la afiliada **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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó la misma demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes de pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque las AFP's hayan afirmado al contestar la demanda y que a la demandante se le ofreció una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante ella se acercó que hizo el trámite con funcionarios de los fondos, que no le dieron una explicación e hicieron el trámite de suscripción del formulario, que posteriormente, recibieron una asesoría de sus abogados donde pudo conocer las consecuencias del acto de afiliación, percatándose que lo advertido por los fondos no era tan beneficioso según su dicho, quedando claro que la usuaria no sabía, ni conocía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado 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).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; cuando es legítimo que **Protección y Skandia** trasladen a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía

de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional que se ha venido construyendo desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, MP Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, MP Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, MP 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, MP Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 MP Gerardo Botero Zuluaga.

Amén de que los conceptos a trasladar del RAIS a Colpensiones sobre los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se impone en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes.

En torno al reconocimiento de la indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones, se advierte, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... 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.

Y corroborado en el auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones planteadas, respecto del equilibrio económico pretendido por las normas de seguridad social, en razón del sostenimiento financiero, resulta pertinente indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la consecuencia de dicha figura jurídica, radica en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, es decir, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido; por lo tanto, los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son 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 (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL10222022).

Por consiguiente, se revocará parcialmente el numeral tercero de la decisión revisada, y en tal sentido, imponer la orden para que ambas AFP's retornen a Colpensiones además de los aportes de la demandante junto con sus rendimientos para el caso de Skandia, deberán ambos fondos devolver los gastos de administración, seguro previsional y aportes 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, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que 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.

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 las AFP's, 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. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Finalmente, en relación a las costas impuestas a **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 con la demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy 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 séptimo 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 y confirmará.

Sin costas en segunda instancia, por haber prosperado los recursos interpuestos tanto por la parte demandante, y la administradora 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: Revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 10 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por Ángela Yanira Sánchez Vargas contra AFP Protección, Skandia y Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección y Skandia deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia,

además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

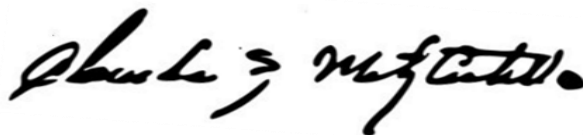
SEGUNDO: Revocar parcialmente el numeral quinto de la decisión revisada, y en tal sentido exonerar a la demandada Colpensiones del pago de las costas, de conformidad a lo indicado en esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Confirmar la sentencia en lo demás.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	María Esperanza Velásquez Molano
DEMANDADA:	Colpensiones, Colfondos, Porvenir y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502620210020501 11001310502620210020501

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por las administradoras Porvenir, Colfondos y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora María Esperanza Velásquez Molano en contra de Colpensiones, Porvenir, Colfondos y Protección 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 la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió 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 informada 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 Colfondos 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 la registre como una afiliada al RPMPD (pág. 1-2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de agosto de 1959; que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esta tenía derecho al régimen de transición de esa normativa; que tomó la decisión de trasladarse a AFP Colfondos, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colfondos se opuso a las pretensiones de la demanda, mientras que, en relación a los hechos, niega que la demandante se trasladó de Horizonte a Colfondos y no del ISS a Colfondos como lo indica en la demanda; que no es cierto que se le hubiese suministrado la información requerida para un traslado debidamente informado. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, innominada y genérica (pdf. 13, ídem).

Colpensiones dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de esta; manifiesta que es cierto el hecho de la afiliación, que no le constan los hechos sobre que no hubiese recibido asesoría en torno al traslado realizado. En contra de la pretensión formula las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratorios de otras excepciones (pdf. 15, ídem).

Mediante auto del 29 de agosto de 2022, se dispuso la vinculación de los fondos de pensiones Porvenir y Protección.

Porvenir se opone a lo pretendido con la demanda. Respecto a los hechos, manifiesta que no le constan lo ajeno a esa sociedad; que no es cierto que la demandante era beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, innominada o genérica (pdf. 23, *ídem*).

Protección niega los hechos relativos a la afiliación y la falta de asesoría para el traslado de régimen, aduciendo que no existe causal alguna de ineficacia de la cual carezca el acto. Por otro lado, se opuso a las pretensiones del demandado y en su defensa propuso como excepciones de 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 restituciones mutuas 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, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones, innominada o genérica (pdf. 24, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 9 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante MARÍA ESPERANZA VELÁSQUEZ MOLANO de C.C # 51.554.507, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., a que transfiera a COLPENSIONES, los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, prima de seguros provisionales de invalidez y de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo

anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., a razón del 33.33% a cargo de cada una y a favor de la parte demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000).

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 a la 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.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos solicita la revocatoria de la decisión, solicitando no ordenar la devolución de los gastos de administración, primas previsionales, y fondo de garantía de pensión mínimo, y se opone a que estos sean debidamente indexados.

Porvenir también cuestiona la orden de devolución de los gastos de administración, primas previsionales, y fondo de garantía de pensión mínimo, y se opone a que estos sean debidamente indexados.

Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que esta Administradora no participó en el evento de traslado, pero es quien debe padecer los efectos de este acto jurídico, sin haberlo causado. Considera que esta entidad no puede verse perjudicada, y en caso de mantener la decisión, que se ordene la devolución de todos los aportes.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Porvenir formula sus alegatos, pidiendo la revocatoria de la decisión de primera instancia, oponiéndose no solo a la decisión de nulidad del traslado, sino también a las restituciones mutuas.

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 María Esperanza Velásquez Molano 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) que la demandante nació el 18 de marzo de 1960 (pág. 26, pdf. 01, C01); ii) cotizó al régimen de prima media con prestación definida (pág. 34, ídem); iii) Que se afilió a Horizonte hoy Porvenir el día 28 de febrero de 1995 (Pág. 20, ídem), con fecha de afiliación efectiva el 1 de marzo del mismo año; iv) que tuvo traslados horizontales a Colfondos e ING hoy Protección y luego retorno a Colfondos, en el que actualmente se encuentra afiliada.

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, 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).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria 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 del 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 y más aún si esta ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría precaria, en este asunto, 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que la demandante insiste en su interrogatorio que no le fue informado sobre las consecuencias que acarrearía su traslado, que en el evento de su traslado se dio en un salón conjunto con más de 100 personas, que las reuniones duraban entre 30 y 40 minutos, que no le explicaron los requisitos para pensionarse de forma anticipada, que no explicaron que factores influían en el valor de su pensión, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma a la afiliada; (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, que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, que, para el caso de Porvenir, no se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario suscrito por la afiliada con la AFP Santander en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría la señora María Esperanza Velásquez Molano, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen, a merced de vincularse a un régimen como lo el RAIS que a su juicio les desfavorecía para su futuro pensional, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 a la afiliada **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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó la misma demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque las AFP hayan afirmado al contestar la demanda y que a la demandante se le ofreció una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que se reunieron con empleados de fondo con más de 100 trabajadores, que no le dieron una explicación profunda e hicieron el trámite de suscripción del formulario, que posteriormente, recibieron una asesoría pero no fue de forma completa, que siempre le advirtieron que en el fondo le iría mejor, que no hubo una información completa, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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).

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 Colfondos, Protección SA y Porvenir trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros para el caso del primero de ellos, 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 la defensa de Porvenir y Colfondos, 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 las AFP's, 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. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Colfondos y Porvenir y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para cada uno de los fondos y en favor de los demandantes.

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,

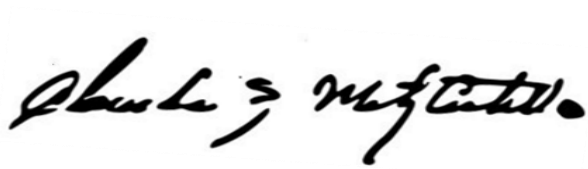
IV. DECIDE:

PRIMERO: **Adicionar** el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 9 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por María Esperanza Velásquez Molano contra AFP Protección, Porvenir, Colfondos y Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección, Porvenir y Colfondos deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir, Colfondos y Colpensiones y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para cada uno de los fondos y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Elsa Victoria Duque Gómez
DEMANDADA:	Colpensiones, Skandia y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310502620210053501 11001310502620210053501

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por las administradoras Skandia y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora Elsa Victoria Duque Gómez en contra de Colpensiones, Skandia y Protección 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 la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió 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 informada 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 Skandia 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 la registre como una afiliada al RPMPD (pág. 10-11, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM; que tomó la decisión de trasladarse a AFP Protección y Skandia, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz.

Que el valor de la mesada pensional a reconocer por la AFP sería inferior a la que eventualmente tendría derecho si se hubiese mantenido en Colpensiones.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Skandia se opone a lo pretendido con la demanda. En relación con los hechos, refiere que, no son ciertos las afirmaciones realizadas respecto a la no asesoría suficiente para la afiliación ante este fondo. Para enervar las pretensiones interpuso las siguientes excepciones: prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (pdf. 13, ídem).

Formula el llamamiento en garantía respecto a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA.

Protección formula oposición contra lo pedido en la demanda. Acepta el hecho referente a la fecha de nacimiento de la afiliada. Los hechos ajenos a esta manifiestan que no le constan, y en cuanto a los hechos relacionados con la afiliación a Protección, reitera que la AFP brindó toda la información para el acto del traslado, y que no es cierto que se le haya engañado y presionado para afiliarse a este fondo. Propuso como excepciones, las siguientes: 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 declarará 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; traslado de aportes; innominada o genérica (pdf. 14, ídem).

Colpensiones dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de esta; manifiesta que es cierto la fecha de nacimiento y el hecho de la afiliación, que no le constan los hechos sobre que no hubiese recibido asesoría en torno al traslado realizado. En contra de la pretensión formula las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratorios de otras excepciones (pdf. 15, ídem).

Mediante auto del 7 de octubre de 2022, se acepta el llamamiento en garantía realizado a la aseguradora Mapfre Seguros.

Mapfre responde el llamamiento y la demanda, oponiéndose a lo pretendido con el citado llamado como garante. Respecto a los hechos, manifestó que no le constan estos. Por otro lado, y en su defensa propuso como excepciones de las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia de los actos jurídicos de afiliación de la demandante al RAIS y posterior traslado horizontal; reconocimiento oficioso de excepciones, mientras que, contra el llamado en garantía formula las siguientes: el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones; inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia; Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente

amparados; Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones (pdf. 19, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 17 de julio de 2023, dispuso:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ELSA VICTORIA DUQUE GOMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones SKANDIA a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, así mismo deberá remitir lo descontado por seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a que transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por la demandante.

QUINTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

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 a la 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.

Frente a la responsabilidad de la llamada en garantía, la a quo se abstuvo de imponer cargas en contra de Mapfre Seguros.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia solicita la revocatoria de la decisión, cuestionando la decisión de la nulidad de la afiliación, alegando que la AFP no estaba en la obligación de garantizar la asesoría en cada sitio de trabajo para sus afiliados. Y asegura que los supuestos fácticos de la ineficacia, son completamente distintos a los establecidos en la jurisprudencia nacional. Asegura que la ineficacia tampoco procede por razones económicas. Y finalmente, cuestiona la decisión respecto a la responsabilidad de la llamada en garantía, Mapfre Seguros.

Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que esta Administradora no participó en el evento de traslado, pero es quien debe padecer los efectos de este acto jurídico, sin haberlo causado. Considera que esta entidad no puede verse perjudicada, y en caso de mantener la decisión, que se ordene la devolución de todos los aportes.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Skandia solicita la revocatoria de la decisión, cuestionando la decisión de la nulidad de la afiliación, alegando que la AFP en ningún momento obró de mala fe, no desconoció la normatividad vigente, adquirió los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia imperativos para el desarrollo de la gestión encomendada. Asegura que esta cumplió con las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos.

Parte demandante reitera que es palmario que las AFP no cumplieron con la gestión de fiducia teniendo en cuenta la omisión del deber de guiar, vigilar y otorgar información a mi poderdante, ya que jamás se le prestó asesoría a la señora Elsa Victoria Duque Gómez, sobre las consecuencias de efectuar dicho traslado.

Colpensiones formula sus alegatos, pidiendo la revocatoria de la decisión de primera instancia, asegurando que esta Administradora actuó de buena fe y exenta de culpa. Que a la AFP no le compete la carga de probar está en cabeza del afiliado, y que no es dable imponer cargas adicionales a las establecidas en el año 1993.

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 Elsa Victoria Duque Gómez 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) que la demandante nació el 21 de enero de 1965 (pág. 24, pdf. 01, C01); ii) cotizó al régimen de prima media con prestación definida (pág. 25, ídem); iii) Que se afilió a Davivir hoy Protección el día 21 de junio de 1994 de 1995 (Pág. 29, pdf. 14, ídem), con fecha de afiliación efectiva el 1 de julio del mismo año; iv) que tuvo traslados horizontales a Skandia (pág. 35, ídem), en el que actualmente se encuentra afiliada y que cuenta con 1573 semanas (pág. 45, 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, 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).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria 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 del 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 y más aún si esta ha reiterado que no recibió la información suficiente, que recibió una asesoría precaria, en este asunto, 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, Protección 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 al 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 si bien es cierto no debe ser exclusiva de la AFP, así lo estableció la sentencia SU-107 de 2024, lo cierto es que teniendo los medios para soportar que la AFP si brindo la información suficiente, no lo hizo, toda vez que: (i) que la demandante insiste en su interrogatorio que no le fue informado sobre las consecuencias que acarrearía su traslado, que fueron los asesores a la oficina, que pasaron con unos formularios y esta lo suscribió, que no le explicaron los requisitos para pensionarse de forma anticipada, que no explicaron que factores influían en el valor de su pensión, sin que medie prueba que acredite que cumplió esta obligación y que informó en debida forma a la afiliada; (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, que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, que, para el caso de Protección, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso 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).

De hecho, de la lectura del formulario suscrito por la afiliada con la AFP Davivir en este no se incluye ningún dato relativo al futuro pensional del afiliado, ni se consignan las ventajas o desventajas que tendría la señora Elsa Victoria Duque Gómez, a quien según lo probado no se le indicó los beneficios del cambio de régimen, a merced de vincularse a un régimen como lo el RAIS que a su juicio les desfavorecía para su futuro pensional, del cual nada se probó en este escenario procesal.

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 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 a la afiliada **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 hay que 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, lo cual efectivamente no se hizo, como lo manifestó la misma demandante cuando aseveró que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensiones, tampoco como se financiaría su pensión y que se limitaron a indicarle que le beneficiaría su cambio del seguro social.

Ahora, aunque las AFP hayan afirmado al contestar la demanda y que a la demandante se le ofreció una asesoría acerca de las características que se encuentran en cada uno de los regímenes y dentro de las características del RAIS se le indica a la persona la posibilidad que tiene de optar una pensión a una edad anticipada, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que no le dieron una explicación profunda e hicieron el trámite de suscripción del formulario, que no hubo una información completa, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

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).

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 Protección SA y Skandia trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros para el caso del primero de ellos, 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, 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 las AFP's, 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. RESPONSABILIDAD DE LA LLAMADA EN GARANTÍA

Acerca de este punto de la sentencia, la demandada Skandia se opone a la absolución en contra de la llamada en garantía, Mapfre Seguros, asegurando que, al obligarse a la entidad a la devolución de primas previsionales, estos deberán ser asumidos por la aseguradora, a quien se le canceló dichos aportes.

Debe advertir esta Corporación, que como se dijo anteriormente, que los efectos de la ineficacia del traslado, es que se priva de todo efecto práctico *«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).

Bajo ese concepto, al restarle efecto al acto de afiliación, en primer término, no es posible exigirle a la aseguradora que haga devolución de saldos, que se dieron en virtud del acuerdo de la AFP con esta, y que ese negocio jurídico es ajeno al acto de traslado de régimen.

Ahora, se concluye que es responsabilidad de cada una de las AFP's de las restituciones que se dan con ocasión de la sentencia, esto en consecuencia, de su actuar ajeno a su obligación legal, al no brindarle al afiliado toda la información requerida para obtener así un consentimiento debidamente informado. Por lo tanto, no es dable emitir condena u orden en contra de Mapfre Seguros.

2.8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y Skandia y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para cada uno de los fondos y en favor de los demandantes.

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: **Adicionar** el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de julio de 2023, dentro del proceso promovido por Elsa Victoria Duque Gómez contra AFP Protección, Skandia y Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección y Skandia deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de Skandia y Colpensiones y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para cada uno de los fondos y en favor de la demandante.

TERCERO: Confirmar el resto de numerales de la sentencia.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Demandante:	Omar Juan Carlos Acevedo Perdomo
Demandada:	Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina Carranza Patiño y Juliana Carranza Aguirre
Proceso:	Ordinario cobro de honorarios de abogado
Decisión:	Confirma
Radicado:	11001310500920180056001 <u>11001310500920180056001</u>

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de abril de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación de la parte demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor Omar Juan Carlos Suárez Acevedo en contra de Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina Carranza Patiño y Ginna Juliana Carranza Aguirre.

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. PRETENSIONES.

El abogado Omar Juan Carlos Suárez Acevedo presentó demanda buscando la declaratoria de existencia del contrato de mandato entre él y las señoras Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina Carranza Patiño y Ginna Juliana Carranza Aguirre, quienes dieron por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa; e

incumplieron las obligaciones pactadas por cuanto no le cancelaron los honorarios convenidos por las labores que desplegó en desarrollo del proceso.

En consecuencia, suplicó que se les condene al pago de los honorarios profesionales causados dada la gestión por él desarrollada dentro el trámite sucesoral que inició en nombre de las demandadas ante el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Bogotá, en la suma equivalente al 10 % del valor total de los bienes que sean adjudicados por medio de sentencia o de conciliación como consecuencia del proceso de sucesión del señor Víctor Manuel Carranza Niño; indexación, costas y agencias en derecho, ultra y extra petita.

2. HECHOS.

Señaló que las señoras Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina Carranza Patiño y Ginna Juliana Carranza Aguirre le otorgaron poder para iniciar y llevar hasta su finalización, el proceso de sucesión intestada del causante, señor Víctor Manuel Carranza Niño, ante los juzgados de familia del circuito de Bogotá DC; así como para que se encargara de las negociaciones o gestiones necesarias para la consolidación de los derechos sucesorales de aquéllas.

Afirmó que en el menado contrato de mandato fechado 19 de abril de 2013 se acordó:

El objeto del presente contrato es la prestación de los servicios profesionales por parte del MANDATARIO, en la defensa de los legítimos derechos de VIVIAN ANDREA CARRANZA RUBIO, ILIANA CATALINA CARRANZA PATIÑO y GINNA JULIANA CARRANZA AGUIRRE, en el trámite y/o proceso de sucesión intestada ante los jueces de familia del circuito de Bogotá del causante, quien en vida se llamase VICTOR MANUEL CARRANZA NIÑO y se identificaba con la Cedula de Ciudadanía No 254600 de Gachalá, bien sea a través de trámite de trámite ante los Jueces de familia del circuito de Bogotá por no darse acuerdo entre los herederos, deberá el MANDATARIO **agotar todas las instancias pertinentes en procura de obtener la conciliación entre las partes convocadas a las instancias judiciales.** Las actuaciones encomendadas al MANDATARIO contemplan la estructuración de un vehículo fiduciario autorizado por las mandantes a través del cual se consoliden los derechos sucesorales de las MANDANTES sea a través de una entidad financiera en Colombia o en una entidad financiera en el Exterior. A través del vehículo fiduciario que se constituya, el MANDATARIO actuará en su representación para los efectos de las negociaciones o gestiones que se estimen convenientes con los demás actores dentro del proceso sucesoral previo visto bueno de las mandantes, a fin de definir la masa de activos y pasivos de la masa sucesoral, para lo cual queda completamente facultado para actuar en nombre y representación de las MANDANTES en todas las diligencias que sean necesarias para la solicitud de información, documentos, certificados, etc., ante cualquier entidad sea pública o privada en la que se busque información que contribuya a identificar los activos o pasivos de la masa reicta, trámite innecesario para el desarrollo de la sucesión.

Las atribuciones del MANDATARIO incluyen todas las negociaciones previo visto bueno de las MANDANTES que se estimen necesarias en la búsqueda, identificación y definición de la venta de los derechos sucesorales que se autorizará por las MANDANTES, venta que se gestionará a través del vehículo fiduciario que lo registre dentro de sus activos”.

Indicó que como honorarios profesionales se pactó el 10 % del total de las hijuelas asignadas a las mandantes, sea por trámite notarial o judicial, valor que tendría el incremento del IVA correspondiente. Así mismo que en desarrollo de su mandato, en los meses de abril y mayo de 2013 adelantó gestiones tales como las de investigación para la determinación e identificación de los bienes del causante y su cónyuge para iniciar el proceso de sucesión, de acuerdo a las directrices impartidas por las poderdantes para negociar los bienes a su nombre; con esas indagaciones halló que algunos de los herederos del causante habían iniciado un proceso de sucesión intestada ante el Juzgado Tercero e Familia con radicación N ° 2013-418.

En orden a justificar la percepción de los honorarios, destacó entre otras actuaciones las siguientes (i) **logró su reconocimiento como herederas de Víctor Manuel Carranza Niño**; (ii) **presentó el inventario de los bienes** del causante; (iii) **solicitó la restitución de los bienes distraídos o sustraídos de la sociedad conyugal** conformada por la señora María Blanca Carranza de Carranza, precisando que éstos hacen parte de la masa sucesoral porque no se había hecho la división; (iv) **radicó memorial de embargo provisional** de los bienes sometidos a registro.

Indicó igualmente que, ante la negativa del Juzgado de inscribir la medida provisional, elevó **solicitud de vigilancia administrativa ante el Consejo Superior de la Judicatura**, radicada bajo el N ° 2013-418, que fue resuelta de forma favorable, y trajo consigo que se le impartiera la orden a ese despacho judicial que se pronunciara sobre la medida cautelar deprecada.

Presentó queja disciplinaria por el incumplimiento de la orden anterior ante la falta de pronunciamiento sobre la solicitud de embargo y secuestro de los bienes relictos del haber conyugal y cumplimiento a la cuota de alimentos ordenada por el Juzgado Sexto de Familia de Ibagué a favor de su representada Ginna Juliana Carranza Aguirre y el aplazamiento de la diligencia de inventarios y avalúos, lo que trajo consigo la apertura de vigilancia judicial administrativa; y adicionalmente interpuso acción de tutela contra el mencionado despacho judicial.

Advirtió que, asistió a las audiencias de inventario de avalúos del 8 de octubre de 2013, del 10 de julio de 2014 y del 28 de agosto de 2014, ante el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Bogotá; presentó solicitud de suspensión del proceso; radicó petición ante el Ministerio de Minas y Energías y a la Agencia Nacional Minera, para obtener información sobre los derechos mineros que fueran susceptibles de engrosar la masa relictas, entre otras acciones para salvaguardar los derechos de sus representadas.

Narró que el 14 de febrero de 2014 presentó memorial ante la Procuraduría Delegada de Infancia, Adolescencia y Familia, con el objeto que se le designara un agente especial en los procesos liquidatorios de la sociedad conyugal y sucesión intestada de Víctor Manuel Carranza Niño, cursantes en el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Bogotá y en el proceso declarativo ordinario de distracción de bienes que para la fecha se encontraba en el Juzgado 42 del Circuito de Bogotá; y solicitud ante la Superintendencia de Notariado y Registro para que se investigara la posible autorización irregular de la escritura pública N.º 1606 del 27 de marzo de 2013 corrida en la Notaría Sesenta y Ocho del Circuito de Bogotá.

Aseveró que, el 6 de septiembre de 2015, las señoras Ginna Juliana Carranza Aguirre, Iliana Catalina Carranza Niño y Vivian Andrea Carranza Rubio, le revocaron el poder ante el Juzgado Octavo de Familia de Descongestión, unidad judicial que admitió la referida solicitud.

Afirmó que dio cabal cumplimiento a sus labores, porque a la fecha de revocatoria del poder, había logrado la identificación de los bienes que hacen parte de la masa sucesoral y su inventario dentro del proceso; y que el acuerdo transaccional N.º GCC-GCA 200516 de fecha 20 de mayo de 2016 al cual llegaron las hoy demandadas con los herederos del causante, se debió a las gestiones realizadas por él; producto del conjunto de operaciones los herederos señores Kimberly Annette Carranza Piñeres, Víctor Ernesto Carranza Carranza decidieron reintegrar la totalidad de los bienes recibidos en el proceso de liquidación notarial de la sucesión que tenían adjudicados. Con todo, hasta el momento de radicación de la demanda no había recibido el pago de sus honorarios.

Admitida la demanda, y notificadas las demandadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

3. CONTESTACIÓN DEMANDADA.

La demandada **Vivian Andrea Carranza Rubio** negó haberle otorgado poder al demandante para la negociación o gestiones necesarias de los derechos herenciales para la consolidación de los derechos sucesorales, sino que la misma está inmersa en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios, así como los hechos que relatan su diligencia y cuidado como procurador judicial dentro del trámite y posterior proceso de sucesión, como que no adelantó negociaciones de los derechos herenciales directamente con la familia Carranza, sino que solo tiene conocimiento del cruce de misivas entre él, los herederos Carranza Carranza y la cónyuge supérstite, que el inventario confeccionado por el demandante no se incorporó al trámite judicial ni fue tenido en cuenta en la discriminación de activos y pasivos realizada en la diligencia de inventarios y avalúos, sino que fueron sus representantes sucedáneos quienes incorporaron los inventarios reconocidos por el juzgado cognoscente.

Precisó que, aun cuando incorporó inventario de activos, estos se encuentran en disputa en el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá DC, debiendo ser rechazados por no hallarse titularidad sobre ellos; que ni la denuncia disciplinaria ni la acción de tutela que presentó el actor salieron avante; que no acudió a las audiencias aludidas porque no se realizaron por el juzgado, y aclaró que fueron suspendidas; precisó los motivos por los cuales revocó el poder al actor, como que fueron asesoradas las demandantes por la hermana del abogado, quienes las indujeron a firmar simultáneamente contrato de prestación de servicios profesionales para garantizar los honorarios profesionales y un contrato de fiducia en el que depositaban sus derechos herenciales, que solo generaba beneficios económicos para el abogado y su hermana Nancy Smith Suárez Acevedo, y paralizó la acción mortuoria.

Además, cedió los derechos fiduciarios emulando una transferencia de derechos herenciales, con el fin de garantizar la retribución del 10 % de los derechos que a ella

le asistían; para convertirse en contraparte al interior de los procesos adelantados y actuando con mala fe.

De las omisiones en el desarrollo de su labor, indicó que retiró los oficios que materializaban las medidas cautelares en el mes de abril del año 2014, y se abstuvo de realizar su inscripción ante las autoridades de registro, siendo ello determinante para que la familia Carranza Carranza, pudiera disponer de los bienes ante la falta de inscripción del embargo; que no allegó los activos y pasivos de la masa relictiva que se concretaron en diligencia de inventarios y avalúos de fecha 24 de agosto de 2018, no han llegado a acuerdo judicial o extra judicial entre las hijas extramatrimoniales y demás coherederos y cónyuge supérstite, sino que el proceso terminó por sentencia del 29 de noviembre de 2018, y la acción ordinaria se encuentra pendiente de la continuación de la audiencia prevista en el artículo 101 del CGP.

Indicó que la transacción a la que alude se hizo en 2016 por los profesionales del derecho que le sucedieron, debido a ello no le asiste derecho a percibir el pago de honorarios ya que el actor no estructuró acuerdo frente a la mortuoria, siendo rechazado por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá DC por no estar vinculada la heredera Sandra Victoria Carranza Ocampo.

Precisó que no se concretó el pago de los honorarios porque pretende una suma exorbitante, y se negó a conciliar aun cuando no cumplió a cabalidad la labor encomendada, perpetrando actos de mala fe como lo señaló la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá DC, debiendo fijarse bajo lineamientos jurídicos y no por tasa porcentual de los derechos herenciales que le asistían (págs. 315 – 327, pdf A1, C01).

Las señoras Iliana Catalina Carranza Patiño y Ginna Juliana Carranza Aguirre, en su contestación a la demanda, admitieron los hechos que hablan del contrato de mandato que dio lugar a la demanda, pero expusieron que, la revocatoria del poder se originó porque el demandante estructuró un Fideicomiso indiviso del cual era beneficiario el actor, mecanismo a través del cual intentó despojarlas de sus derechos herenciales, motivo que lo llevó a ser declarado responsable disciplinariamente(sic).

Destacó que solo hasta el 1 de junio de 2018 se liquidó el contrato fiduciario, y como consecuencia de ello se le transfirieron los derechos herenciales que hacían parte del fideicomiso.

En cuanto a los honorarios se pactó que solo se causarían hasta obtener la entrega de los bienes que les fueran adjudicados, situación que no acaeció ante la revocatoria del poder motivada por las irregularidades y el actuar fraudulento del actor, quien pretendió apropiarse de los derechos que les correspondían como herederas, como por ejemplo la cesión de los derechos herenciales que le efectuó a su hermana Nancy Suárez Acevedo; el poder que le confirieron para su representación ante los Juzgados de Familia de Bogotá; la venta de los derechos herenciales a terceros interesados, sin que se concretara ninguna propuesta.

También aceptaron que presentó los memoriales de restitución de bienes distraídos o sustraídos del haber de la sociedad conyugal, pero tampoco le fue aceptado, porque la jurisdicción de familia no tiene competencia para conocer de este trámite y menos que pueda realizarse dentro del proceso de sucesión. Que una vez dirimido el conflicto de competencia por él promovido, se le otorgó la competencia al Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, quien inadmitió la solicitud, donde representó únicamente por Ginna Juliana Carranza Aguirre, hoy se encuentra en el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, donde también le revocaron el poder y allí promovió incidente de regulación de honorarios pretendiendo así un doble pago. Pero los bienes en controversia dentro de ese proceso fueron excluidos en providencia del 24 de agosto de 2018.

Explicó que las actuaciones del actor como su apoderado derivaban del cumplimiento del contrato de prestación de servicios, y si bien presentó solicitud de vigilancia administrativa, la actuación fue archivada, lo mismo sucedió con la acción de tutela que promovió que fue negada por improcedente; y con las demás solicitudes que hizo en desarrollo de su mandato, no le produjeron ningún beneficio, ni resolvieron la controversia.

Precisó que la revocatoria del poder se debió a las irregularidades presentadas y las artimañas en su propio beneficio e intereses, con el fin de apropiarse de sus derechos herenciales con base en la fiducia que les hizo constituir.

Negaron que el actor hubiera desplegado actuaciones investigativas para conocer los bienes que formaban la masa sucesoral, y por el contrario fue Iliana Catalina Carranza, quien se las suministró porque conocía su ubicación por cuanto laboraba con su padre, el finado Víctor Manuel Carranza Niño, a lo que el demandante limitó su actuar a obtener los certificados de libertad y tradición de los bienes.

Se quejó de que el actor no les dio a conocer la estrategia que pretendía utilizar en el trámite liquidatorio, fue el abogado y asesor de la familia Carranza Carranza quien las contactó para la venta de los derechos herenciales a la cónyuge supérstite señora María Blanca Carranza de Carranza, y a los hijos matrimoniales.

Es decir están inconformes con la gestión porque (i) los acercamientos no provinieron de su iniciativa a la negociación; (ii) se enteraron de la existencia del proceso de sucesión intestada ante el Juzgado Tercero de Familia con radicación 2013-418, por las anotaciones en los certificados de libertad y tradición; (iii) aducen que para demostrar su calidad herederas bastaba con la incorporación del Registro Civil de Nacimiento en el trámite liquidatorio; (iv) al momento de revocarle el poder el demandante no había presentado el inventario ajustado de bienes, y los que se tuvieron en cuenta fueron los de la doctora Lourdes Nevada en representación de la señora Iliana Catalina Carranza, en audiencia de diligencia de inventarios realizada el 10 de julio de 2017 y del 24 de agosto de 2018, así como los de Ginna Juliana Carranza, a quien se le tuvo en cuenta la coadyuvancia manifestada por el Dr. Jorge Enrique Arbeláez.

Señaló que los inventarios presentados por el hoy demandante no fueron tenidos en cuenta porque ya le habían revocado el poder cuando se llevó a cabo la diligencia y no se encontraban ajustados, y así se declaró dentro del proceso disciplinario promovido en su contra; que hubiera solicitado al juzgado tomar los correctivos necesarios para poner oportunamente en conocimiento el trámite liquidatorio, y por el contrario las medidas correctivas que se tomaron fueron las adoptadas por la Juez

Tercera de Familia de Bogotá. Y que tampoco puede decir que estuvo presente en las diligencias de inventarios y avalúos porque no se realizaron. Así como tampoco le asiste el derecho a basarse en el acuerdo de transacción para justificar la fijación y/o regulación de sus honorarios, cuando para la fecha de suscripción de éste -20 de mayo de 2016-, ya le habían revocado el poder en septiembre de 2015.

Para derruir las pretensiones formuló las de fondo que denominó de prescripción, que presentó también como previa, cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, y pleito pendiente

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En audiencia celebrada el 9 de marzo de 2022 se profirió sentencia absolutoria que declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, declaró que el demandante no cumplió con el objeto del contrato, ante los comportamientos que catalogó como anómalos, como el hecho de que el exculpó a la creación del patrimonio autónomo del contrato de fiducia, en que fue autorizado por las hoy demandadas, siendo que el mismo se creó por su propio consejo; de ahí que bajo su entendido, consideró que éste no procuró la defensa de los intereses de sus poderdantes, ni le advirtió de las consecuencias negativas de las decisiones que llegaran a tomar como lo fue la constitución de dicha fiducia, y ahí encausó la falta establecida en el literal c del artículo 34 de la Ley 1123 de 2007.

Insistió que no solo el actor fue responsable de la creación del contrato de fiducia que se consagró en el contrato de prestación de servicios, sino que dentro del proceso se acreditó que su hermana también abogada contaba con experiencia en el manejo de contratos fiduciarios, sumado a que la escritura pública 000991 de 2013, donde el actor represente el fideicomiso en el trámite de sucesión, con el fin de disponer de la totalidad de los bienes que hacer parte del patrimonio autónomo como derechos herenciales de las demandas.

Actuación con base en la cual advirtió que lo que buscaba el abogado era asegurar de manera anticipada el pago de sus honorarios, desligando a sus poderdantes del rol de herederas y asignarse como beneficiario de la fiducia sin razón plausible; siendo que a la fecha de constitución de la fiducia no se había culminado su mandato.

Así mismo resaltó que al haber comunicado a la fiduciaria la cesión del beneficio contemplado en su favor, a su hermana Nancy Suárez Acevedo, conculcó la cláusula décima del contrato celebrado, al haber utilizado información confiada por sus poderdantes en beneficio de un tercero, quien no tenía derecho alguno dentro del trámite sucesoral; y que si bien el Juzgado Octavo de Descongestión de Familia de Bogotá DC, quien asumió el conocimiento del proceso, reconoció a la señora Nancy Smith Suárez Acevedo como cesionaria de los derechos gerenciales que tenía el señor Omar Suárez Acevedo sobre los bienes relictos del causante, esa decisión fue revocada por el este Tribunal al considerar que no se habían seguido derechos herenciales, sino que se constituye una referencia para fiducia para la administración de los mismos fallos.

Señaló que el demandante no demostró que el contrato de transacción suscrito por las demandadas por el que les asignaron hijuelas en el proceso de sucesión procediera de sus gestiones, ya que el acto data del 20 de mayo de 2016, adicionado el 13 de julio de 2016, mientras que la revocatoria del mandato se hizo antes, el 16 de septiembre de 2015.

Por ello, al pretender el actor disponer del derecho en litigio de sus poderdantes, porque éste debe estar autorizado expresamente, sin que obre prueba en el plenario de que las mandatarias le hubieran otorgado esa facultad, sino que fue a través del contrato de fiducia que él mismo sugirió constituir que ocupó el rol de representante del patrimonio autónomo; lo que la llevó a concluir que el contrato se dio por terminado con fundamento en el numeral tercero del artículo 1546 y 2189 del CC, y que no fue arbitraria sino por los sucesos demostrados y sucedidos en la ejecución del mandato ante el incumplimiento de las obligaciones y deberes pactados, lo que le impide acudir a esta instancia a reclamar el pago de los honorarios pactados en cuota litis.

II. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante atacó la decisión de primera instancia, basándose en que en el proceso quedaron demostradas las actuaciones que desplegó para cumplir el mandato conferido por las demandadas, y que llevó a su fin las actuaciones que le

correspondían, pero la revocatoria se debió al proceso disciplinario en su contra; sin embargo, en el curso de aquella investigación el Consejo Superior de la Judicatura determinó que no existía incumplimiento de su parte. Que la decisión solo se basó en la decisión de primera instancia del proceso disciplinario. Que si no se pudo llegar a la terminación del proceso ello atendió a la revocatoria del poder por las demandadas. Frente a la desestimación del testimonio de la señora Nancy Avendaño, ésta fue un testigo de los actos de mala fe de las demandadas.

III.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.1. ALEGATOS OMAR JUAN CARLOS SUAREZ ACEVEDO

El demandante, a través de su apoderado, manifestó que su mandante cumplió con las obligaciones contractuales convenidas en el contrato de prestación de servicios 105 de 2013 pues definió e implementó la línea de defensa, y radicó la demanda y desplegó todas las actuaciones para cumplir con el mismo. Y que si bien, no pudo llevar el proceso a su fin, fue debido a la revocatoria del poder que hicieron las hoy demandadas quienes argumentaron que lo hacían con base en la iniciación de un proceso disciplinario en su contra, en dicho proceso fue absuelto de toda responsabilidad disciplinaria en segunda instancia.

Que la terminación unilateral del contrato de mandato, no lo releva su derecho a la regulación de los honorarios y que *«el hecho de transferir un bien a una sociedad fiduciaria solo significa confiarle a esta la gestión que le es encomendada para cumplir una finalidad expresamente prevista, (..) las fideicomitentes, es decir las demandadas eran las únicas que determinaban su destino, por lo que mal podría interpretarse que el señor Suárez se abrogó la facultad de administrar los bienes fideicomitidos»*.

Repudió las conclusiones del juzgado en cuanto expuso que el actor se anticipó a cobrar los honorarios del proceso de sucesión, sin considerar que lo que transfirió a la señora Nancy Suárez Acevedo fue un derecho patrimonial *«que integraba los derechos fiduciarios dentro del contrato de fiducia mercantil y son justamente estos los que fueron presentados al proceso de sucesión»*.

3.2. ALEGATOS DE ILIANA CATALINA CARRANZA PATIÑO Y GINNA JULIANA CARRANZA AGUIRRE

Pidieron confirmar la sentencia por cuanto en el contrato de mandato que celebraron con el demandante el 19 de abril de 2013, pactaron una obligación de resultado, consistente en que, una vez completado el encargo, lo remunerarían con el «10% del monto total de las hijuelas designadas a las mandantes, sea por tramite notarial o judicial», quedando supeditado el pago al logro del resultado, pero esto no sucedió. Que la revocatoria del poder data del 16(sic) de septiembre de 2015, cuando no se había llevado a cabo diligencia de inventarios y avalúos al interior del trámite liquidatorio del Juzgado 31 de Familia del Circuito de Bogotá DC, así como que la demanda fue presentada por otros herederos.

Insistió en que fue la actuación del demandante en el encargo fiduciario, el motivo por el cual fueron declarados disciplinariamente responsables en virtud del numeral 5 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, con la consecuente suspensión del ejercicio durante 15 meses, pero por la demora en segunda instancia condujo a extinción de la acción disciplinaria por prescripción, pero no se trató de una exoneración de responsabilidad de los querellados.

Así como que tampoco procede la regulación de honorarios, por cuanto su valor se pactó en forma libre en el mandato, y con apoyo en el precedente jurisprudencial de la sentencia CSJ SL694-2013.

3.3. ALEGATOS DE VIVIAN ANDREA CARRANZA RUBIO

Igualmente solicitó mantener la decisión de primer grado y refutó que el demandante con su recurso pretenda introducir nuevos argumentos, pero que la estructura de la sentencia recurrida coincide con los elementos de prueba y el análisis jurídico pertinente.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Siguiendo los argumentos expuestos en el recurso, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente al punto de censura enrostrado por la apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la Ley 712 de 2001, la Sala se ocupará de establecer si la primera instancia acertó o no al absolver al demandante de las pretensiones de pago de honorarios profesionales.

4.2. PRESUPUESTOS PARA LA VIABILIDAD DEL RECURSO.

Tenemos que hay legitimación en la parte que recurre porque con la decisión atacada hay mengua en sus intereses, el recurso es tempestivo, está cumplida la carga procesal de la sustentación y la providencia es susceptible de apelación.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No queda duda que, (i) las demandadas confirieron poder al abogado demandante y que el Juzgado 3º de Familia del Circuito de Bogotá le reconoció personería en la providencia del 3 de septiembre de 2013 al interior del proceso de sucesión 1100131100032013041800; (ii) las señoras Iliana Catalina Carranza Patiño, Vivian Andrea Carranza Rubio y Ginna Juliana Carranza Aguirre revocaron el poder conferido al abogado Omar Juan Carlos Suárez Acevedo y el juzgado 8º de Familia del Circuito de Bogotá que conoció en Descongestión (luego cambió su denominación a Juzgado 31 de Familia del Circuito de Bogotá), en la providencia del 6 de octubre de 2015 la aceptó; (iii) la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en sentencia del 20 de febrero de 2018, sancionó disciplinariamente a los abogados Nancy Smith Suárez Acevedo y Omar Juan Carlos Suárez Acevedo por los actos cometidos al interior del proceso de sucesión, (iv) la segunda instancia la revocó por haberse configurado la prescripción.

4.4. PREMISAS NORMATIVAS.

En el caso traído a esta instancia judicial, dado que la contratación que trenzó a las partes hoy en contienda se hizo bajo la modalidad de prestación de servicios, que se encuentra regulado dentro del ámbito civil y no comercial, sin que encuentre una reglamentación específica y taxativa. Pero, dadas sus características se encuadra en diferentes figuras jurídicas establecidas en la Ley.

Por su parte el Código Civil, regula el contrato o convención en el artículo 1495 así: *«un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa»*. Compendio que a su vez contiene la regulación del contrato de mandato en su artículo 2142, que se suscribe cuando el objeto de este recaiga sobre servicios de tipo intelectual o inmaterial, que reza así: *«...contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera»*.

Por su parte el Código de Comercio consagra en el artículo 968 el contrato de suministro de servicios así: *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*.

De acuerdo con las normas antecitadas, debe precisarse que el contrato de prestación de servicios como tal, comprende una diversidad de contratos, en los cuales esencialmente se requiere que la persona tenga conocimientos especializados en un área determinada; por ello, algunas de sus características son las siguientes:

1. La prestación de servicios se refiere a la ejecución de labores basadas en la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.
2. El contratista tiene autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, lo que constituye el elemento esencial de este contrato.
3. La vigencia del contrato es por el tiempo justo para ejecutar un objeto específico.

De otro lado, respecto al pago de los honorarios de los contratos de prestación de servicios, la legislación laboral colombiana, no lo define, ni reglamenta, tan solo por disposición del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, el legislador asignó a la jurisdicción en su especialidad laboral, conocer las controversias surgidas en *“el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera sea la relación que los motive”*.

Así la labor desarrollada por el abogado en virtud del mandato deberá analizarse según el Código Disciplinario del Abogado, Ley 1123 de 2007, artículos 28, numerales 8 y 35, de conformidad con los cuales su labor deberá desarrollarse en el marco de la lealtad y honradez, así como que deberán sopesar los elementos anteriores con criterio equitativo, justificado y proporcional al servicio prestado. Cuya remuneración puede pactarse en suma fija, porcentaje, o cuota litis.

4.5. DEL CASO CONCRETO.

El problema jurídico que debe dilucidar la Sala consiste en determinar, si el Juzgado se equivocó al estimar que el demandante no tenía derecho al pago de los honorarios reclamados, en los términos pactados en el contrato de prestación de servicios identificado con el n° 105, celebrado el 19 abril de 2013; pese a que las accionadas revocaron el poder conferido para ejercer la gestión profesional.

Entra la Sala a dilucidar los aspectos relevantes, conforme al recurso presentado por el apoderado de activa, la censura sostuvo que la decisión de primer grado se fundamentó en la decisión de primera instancia que, si bien sancionó disciplinariamente al demandante, fue revocada por la segunda instancia sin que a la fecha exista sanción alguna por esos hechos que sean atribuibles al actor. Que por el contrario logró demostrar que desplegó todas las actuaciones tendientes a ejecutar el mandato que le fue conferido, y que no pudo culminar ante la decisión unilateral de las demandantes de revocarle el poder intempestivamente.

En resumidas cuentas, la primera instancia encauzó su argumentación a indicar que no le asistía el derecho al demandante a obtener por esta vía el pago de los honorarios pactados, ante la inobservancia de las obligaciones contenidas en la cláusulas de los

numerales primero, segundo, octavo y décima, de la cláusula segunda y en la sexta y décima del contrato de mandato, en especial por haber asesorado indebidamente a sus mandantes en favorecimiento de sus intereses y los de un tercero, con la creación del contrato de fiducia por medio del cual pretendió vincularse al proceso como representante de la fideicomisario de los derechos herenciales de sus mandantes, e intentar transferirlos a la abogada Nancy Smith Acevedo, lo que implicó la disposición el derecho en litigio de las actuales demandadas, cuando no había sido autorizado para ello de manera expresa, situación que permite la revocatoria del mandato en virtud de la condición resolutoria del artículo 1546 del Código Civil.

Sin embargo, en ese análisis no tuvo en cuenta que, de acuerdo con lo pactado en la cláusula cuarta, los honorarios solo se causarían si hubiera logrado la adjudicación de las hijuelas reconocidas a favor de las mandatarias en el proceso de sucesión del señor Víctor Carranza; adjudicación que solo ocurrió con posterioridad a la revocatoria del mandato en virtud de un contrato de transacción con los demás herederos del difunto.

Esta modalidad de pago de honorarios, cuando su causación queda condicionada a la obtención de un resultado o al recaudo efectivo del dinero adeudado, es legal, válida e inmodificable, ello en razón a que la profesión de abogado ostenta un grado de liberalidad que permite a quienes la ejercen estipular o convenir autónomamente el valor de la gestión a realizar, potestad en la cual se incluye el esfuerzo profesional y ético que deba desplegarse para cumplir con el mandato, inclusive corriendo el riesgo de no lograr ninguna retribución, si no se obtiene un resultado favorable, como lo adoctrinó la CSJ en la sentencia CSJ SL 020 de 2023, en la que explicó:

Precisamente, desde la decisión CSJ SL, 22 noviembre 2011, radicación 39171, la Corte puntualizó que, tratándose de honorarios profesionales para los abogados en el marco de un contrato de mandato celebrado en forma escrita, conforme al artículo 2142 del Código Civil, los suscribientes quedan obligados y sometidos a los términos expresamente acordados, lo que está en armonía con lo dispuesto en los artículos 2149 y 2157 *ibidem*, al punto que, al existir estipulación expresa sobre la remuneración, dicho acuerdo rige para las partes y se torna inmodificable.

En la aludida jurisprudencia se explicó que esa expresión de voluntad frente a los honorarios en el contrato de mandato puede manifestarse de varias maneras, ya sea de manera fija o un valor determinado por la gestión judicial o extrajudicial, también de una cuota litis o bajo una forma de aleatoria sujeta a la consecución de un resultado o una gestión específica; escenario en el cual, se ha precisado por esta Corporación, que si el mandatario no consigue «[...] *ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional*».

Así se adoctrinó en la decisión CSJ SL, 22 noviembre 2011, radicación 39171, reiterada en la CSJ SL2803-2020 y más recientemente en la CSJ SL020-2023, al señalar:

Para dilucidar el asunto puesto a consideración de la Sala, pertinente resulta recordar que conforme a lo consagrado en el artículo 2142 del Código Civil, el contrato de mandato se define así:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

Este contrato, según lo establecido en el artículo 2149 del mismo código, puede hacerse a través de cualquier medio inteligible, pero cuando como el sub judice, se estipula expresamente y por escrito, las partes quedan obligadas en los precisos términos acordados, tal y como lo manda el artículo 2157 ibídem, y lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que al referirse al citado artículo sobre el particular dijo:

“Un poder no puede interpretarse sino taxativamente, de modo que no pueda extenderse o ampliarse sus cláusulas para deducir facultades que no están expresamente conferidas por el mandante al mandatario.” (C.C. art. 2157 Cas. 28 de septiembre de 1943, LVI, 166).

El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante: pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional. También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante.

Cabe agregar que la Corte, al analizar un asunto similar en el que en un contrato de mandato, se pactó el reconocimiento de honorarios profesionales condicionado al resultado exitoso de la gestión judicial, recordó que cuando el pacto de contraprestación está sujeto a una obligación de resultado, de no llegarse a cumplir «*la condición a que se sometió la obligación de pagar los honorarios*» a favor del profesional del derecho, no surge deber alguno en cabeza del mandante que concede el encargo, pues la obligación remunerativa acordada no se hace exigible.

En efecto, en la cláusula cuarta del contrato de mandato se realizó la siguiente estipulación sobre los honorarios «*DIEZ POR CIENTO (10%) del monto total de las hijuelas asignadas a las mandantes, sea por trámite notarial o judicial. Este valor debe ser incrementado con el IVA correspondiente*».

Por lo tanto, no hay duda o laguna que confunda la interpretación de la mencionada cláusula, siendo clara la redacción, el pago se convino en la modalidad de -cuota litis-, condicionado al resultado pretendido por las mandantes al momento de la suscripción

del contrato de prestación de servicios con el actor como profesional del derecho, que estaban encaminadas a obtener las hijuelas que les correspondían en su calidad de herederas dentro de la sucesión de su padre Víctor Carranza, de lo que recibieran se deduciría un 10 %, como pago de sus honorarios.

Ahora, el actor edifica su reclamo en que las demandadas le revocaron el poder y ello le impidió culminar el trámite del proceso; sin embargo, entre las obligaciones del demandante estaban las de lealtad y confidencialidad, previstas en la primera en el numeral undécimo de la cláusula segunda del contrato de mandato «11. *Obrar con lealtad, buena fe, ética y profesionalismo en el desarrollo del contrato.*», y la segunda, en la cláusula décima:

«DÉCIMA. CONFIDENCIALIDAD: EL MANDATARIO se obliga a manejar con estricta confidencialidad y a mantener en total reserva toda la información fáctica particular de este trámite y/o proceso, que conozca o llegue a conocer en desarrollo del presente contrato, siempre que la misma no tenga el carácter de público o de acceso al público, motivo por el cual en ningún caso podrá utilizar para sí o para terceros dicha información fáctica particular del caso, salvo las que LAS MANDANTES lo autoricen expresamente y por escrito».

Con los medios de prueba aportados al proceso, entre otros, el contrato de fiducia constituyó el fundamento en el que las poderdantes vieron en peligro sus bienes y el posible éxito de sus reclamos, los que dieron lugar a reparar en una actuación deshonesta por parte del abogado, ese entendimiento no es para nada desacertado ni desdice de la realidad, por cuanto en el expediente está el documento que contempló la estructuración de un vehículo fiduciario que es de la siguiente literalidad:

Las actuaciones encomendadas **AL MANDATARIO** contemplan la estructuración de un vehículo fiduciario autorizado por **LAS MANDANTES** a través del cual se consoliden los derechos sucesorales de **LAS MANDANTES** sea a través de una entidad financiera en Colombia o una entidad en el exterior. A través del vehículo fiduciario que se constituya, **EL MANDATARIO** actuará en su representación para los efectos de las negociaciones o gestiones que se estimen convenientes con los demás actores dentro del proceso sucesoral previo visto bueno de **LAS MANDANTES**, a fin de definir la masa de activos y pasivos de la masa sucesoral, para lo cual queda completamente facultado para actuar en nombre y representación de **LAS MANDANTES** en todas las diligencias que sean necesarias para la solicitud de información, documentos, certificados, etc. ante cualquier entidad sea pública o privada en la que se busque la información que contribuya a identificar los activos o pasivos de la masa relictas, trámite necesario para el desarrollo de la sucesión.

Justamente la suscripción del contrato de fiducia entre las demandadas Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina Carranza Patiño, Ginna Juliana Carranza Aguirre, como otorgantes y Acción Fiduciaria SA, como vocera del Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO INDIVITA, de los derechos herenciales que les corresponden o llegaren a corresponderles dentro de la sucesión del señor Víctor Manuel Carranza Niño, con la finalidad que la Fiduciaria las someta a su administración y al ejercicio de su titularidad; y como representante se nombró al hoy demandante Omar Juan Carlos Suárez Acevedo, y donde acordaron como pago a su favor el 10 % del valor total consignado en la escritura pública o sentencia con la cual termine el trámite sucesoral, pagadero sobre los bienes fideicomitidos, al cual anexó el contrato de cesión y transferencia de derechos patrimoniales (págs.. 219-242, pdf. A1, C01).

Sin embargo, se encuentra probado en el expediente que en fecha 12 de agosto de 2014, el abogado presentó ante la fiduciaria Acción Fiduciaria SA, cesión de derechos a favor de Nancy Smith Suárez Acevedo *«de la totalidad de mis derechos de contenido patrimonial de los que soy titular y que me conceden la calidad de beneficiario fiduciario del contrato fiduciario plenamente identificado en este documento»* (pág. 6, pdf. A4, ídem).

Posteriormente Nancy Smith Suárez Acevedo, solicitó su intervención en el proceso sucesoral como cotitular de los derechos patrimoniales contenidos en la fiducia, como litis consorte necesario (pág. 22-27, ídem). Y si bien el acto como poderdante de las señoras Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina Carranza Patiño y Ginna Juliana Carranza Aguirre, se opuso a dicha solicitud (pág. 28-32, ídem), y fue negada la solicitud de la señora Nancy Suárez por auto del 6 de febrero de 2015 por el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá DC (pág. 33, ídem). Y en la misma fecha se negó la intervención del abogado como representante de la fiducia (pág. 34, ídem).

Estas actuaciones ocasionaron la suspensión del proceso de sucesión por solicitud del actor, desde el 5 de febrero de 2015, se encuentra acreditado que la revocatoria del poder que efectuaran las demandadas fue aceptada por el Juzgado Octavo de Familia de Descongestión, que continuó con el trámite del proceso, por auto del 6 de

octubre de 2015, y que fue en ese mismo proveído que se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de inventario y avalúos (pág. 93, A4, ídem).

De lo anterior surge palmario que el demandante incumplió las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios de abogado, para representar a las demandadas en del proceso de sucesión, por cuanto incumplió la cláusula décima de confidencialidad, conducta evidenciada con la sola intervención de la señora Nancy Smith Suárez Acevedo, quien intentó intervenir en el proceso como cesionaria del contrato de fiducia, a pesar de no hacer parte del proceso de sucesión y aduciendo la protección de derechos en su favor e indirectamente del actor.

Cabe mencionar que la fiducia se constituyó como vehículo fiduciario de los bienes reconocidos o por reconocer en el proceso de sucesión, de manera que la conducta del abogado de las herederas, y hoy demandante, desconoció las obligaciones que le incumbían en ejercicio del derecho de postulación, pues se sirvió de su conocimiento y de la confianza que las poderdantes depositaron en el como instrumento para obtener beneficios económicos derivados del contrato de fiducia, olvidando que debía prevalecer el interés de sus representadas.

Por lo dicho, es forzoso concluir que la revocatoria del poder encontró justificación en la conducta asumida por el profesional del derecho, y que las actuales demandadas no estaban compelidas a permanecer ligadas al contrato de mandato a riesgo de perder los posibles bienes que les corresponderían en el proceso de sucesión.

De todo esto, en el proceso no se demostró la conducta disciplinable del actor, y en ese sentido la decisión de primer grado resultó equivocada, pero en todo caso se confirmará porque el incumplimiento de las obligaciones del mandatario, y el actuar en su propio beneficio justificaba la aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del CC, esto se traduce en la revocatoria del poder, claro, ello no le impide al quejoso, acudir a otras instancias para obtener el reconocimiento de indemnizaciones que se itera no fueron pactadas dentro del contrato, y que serían propias de otro escenario jurídico.

En síntesis es forzoso concluir que la forma en que se pactaron los honorarios en el caso de marras para ejercer el mandato conferido y el objeto del contrato de prestación

de servicios, corresponde a una gestión de resultado y no de medio, sujeta al reconocimiento de hijuelas a favor de las demandadas dentro del proceso sucesoral del señor Víctor Carranza (q.e.p.d.), que no ocurrió, sino con posterioridad a la revocatoria del poder para ejercer su defensa a favor de Omar Juan Carlos Suárez Acevedo. Por ende, al estar permitido el pago a cuota litis, y hace parte de las modalidades a través de las cuales se puede retribuir el ejercicio de la actividad profesional de los abogados, por lo que deviene la confirmación de la providencia.

4.6. PRESCRIPCIÓN

No está llamada a prosperar la excepción de prescripción, al tenor del artículo 488 del CST y 151 del CPT, por cuanto la demanda de la referencia se impetró el 11 de septiembre de 2018 para obtener el reconocimiento y pago de los honorarios profesionales, y el auto que aceptó la revocatoria del poder a las demandadas se profirió el 6 de octubre de 2015, notificado por estado del 8 de octubre de la misma anualidad, interrumpiéndose de forma oportuna el término prescriptivo trienal.

4.7. COSTAS

En cuanto a la imposición de condena en costas, se hará conforme lo dispone el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por integración analógica, a la parte que resultó vencida al resolverse desfavorablemente el recurso de apelación y en favor de las demandadas. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 pesos, a cargo del demandante, y en favor de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

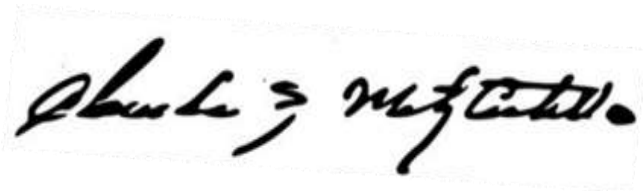
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC el 9 de marzo de 2022, dentro del proceso adelantado por Omar Juan Carlos Suárez Acevedo contra Vivian Andrea Carranza Rubio, Iliana Catalina

Carranza Patiño y Ginna Juliana Carranza Aguirre, según las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas en esta instancia a la parte que resultó vencida al resolverse desfavorablemente el recurso de apelación y en favor de las demandadas. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000 pesos, a cargo del demandante, y en favor de las demandadas.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente juzgado de origen.

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado