



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ZULMA OSPINA SALCEDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-004-2019-00254-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de octubre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ZULMA OSPINA SALCEDO** pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional de realizado en 1999 a la AFP HORIZONTE, hoy AFP PORVENIR; en consecuencia, también se declare la ineficacia o nulidad del formulario de afiliación de traslado a la AFP SKANDIA realizado en 2007 sus posteriores afiliaciones a COLFONDOS en 2010 y nuevamente a AFP SKANDIA en 2012. De este modo, solicitó se retrotraigan las cosas a su estado anterior a dichas AFP, a devolver o trasladar sus cotizaciones y aportes por pensión que fueron recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, y a esta última a recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado. Finalmente, se condene en costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el día 07 de octubre de 1960. Manifestó que en octubre de 1999 se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones y comenzó a efectuar cotizaciones con el Seguro Social (sic). Que en el año 1999 los asesores comerciales de la AFP HORIZONTE (hoy AFP PORVENIR) le ofrecieron el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, pero omitieron darle información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Así entonces, firmó formulario de afiliación con la AFP HORIZONTE, luego, con la AFP SKANDIA, posteriormente con COLFONDOS y finalmente, regresó a la AFP SKANDIA. Indicó que, cumplió con los requisitos de edad y semanas el 07 de octubre de 2017. De igual modo, señaló haber agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 20 de enero de 2020, en la cual se solicitó las pretensiones de la presente demanda, sin embargo, a la fecha de la presentación de la demanda COLPENSIONES no había dado respuesta (Exp. Digital: «1. 2020-00254 Demanda y anexos - Folios 1 a 109». Págs. 3 a 11 y «3. 2020-00254 Subsanción de demanda - Folios 112 a 232». Págs. 2 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, toda vez que, para la fecha de efectividad de la afiliación, a la demandante le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo. 13 literal e) de la Ley 100 de 1993; resaltó que la afiliación se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole toda la información para que tomara la decisión consiente de afiliarse. Añadió que fue probado que SKANDIA S.A. cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, por lo que no consideró procedente reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante. En lo que respecta a la prima de invalidez y sobrevivencia tampoco era procedente que la entidad deba asumirlas, en tanto la causa de aseguramiento (invalidez y sobrevivencia) es permanente y la demandante gozó de cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatoria, por lo que adujo que, parte de lo administrado, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y, por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP. Propuso como excepciones de mérito las de «Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen», «convalidación del acto jurídico», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado», «ausencia de

configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante», «prescripción», «imposibilidad de reintegrar gastos de administración», «buena fe» y «genérica». (Exp. Digital. «7. 2020-00254 Contestación Skandia S.A. - Folios 243 a 378». Págs. 2 a 21).

A su vez, llamó en garantía a la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, lo cual fue admitido por el juzgado y una vez notificada contestó la demanda señalando que no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, toda vez que la obligación estuvo a cargo de PORVENIR S.A como primera AFP interviniente quien fue la que contactó e intervino a la actora. Manifestó que la aseguradora es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado, dado que el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Presentó oposición, en cuanto a la afectación en la medida en que, como aseguradora previsional, no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A fue la que contactó e informó a la accionante, debiéndose tener presente que las primas recibidas por concepto del seguro previsional fueron legítimas en virtud del contrato asegurativo pactado entre SKANDIA Y MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, contrato que no adolece de vicio alguno. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «inexistencia de la obligación», «buena fe exenta de culpa», «prescripción» e «innominada o genérica» (Exp. Digital. «22.2020-00254 Contesta llamada en garantía - Folios 870-959» Págs. 3 a 17).

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones **-COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que la señora ZULMA OSPINA SALCEDO se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Expresó que, si bien COLPENSIONES desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, ello se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio, pues además señaló que, en los fundamentos fácticos y jurídicos, como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obró ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma, no obstante, mencionó que sí evidenció del escrito demandatorio, la negligencia de la

demandante con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto, adujo que, sabiendo las obligaciones de la accionante como consumidora financiera y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, concluyó que se presentó un error de derecho el cual, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento y, por lo tanto, consideró que la afiliación de la actora al RAIS es válida. Formuló las excepciones de mérito las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital. «8. 2020-00254 Contestación Colpensiones - Folios 379 a 422». Págs. 2 a 17).

A su turno, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que, la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales. Advirtió que las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia Financiera. Por lo que estimó que la accionante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación con su firma, aseguró que con ello dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad. Presentó 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 actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (Exp. Digital. «12. 2020-00254 Contestación Colfondos S.A. - Folios 518 a 616». Págs. 4 a 15).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, aumentando que brindó la información pertinente y necesaria a la cual estaba obligada para el momento del traslado de régimen, por lo que consideró que los demás traslados horizontales son igualmente válidos. Recordó que

solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; aclarando que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nació a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Reiteró que, la accionante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con PORVENIR S.A., al haber recibido asesoría verbal amplia y suficiente. Propuso como excepciones de fondo las 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». (Exp. Digital. «13. 2020-00254 Contestación Porvenir S.A. - Folios 617 a 712». Págs. 3 a 26).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre del 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante realizó a PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 1999, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS, y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. Asimismo, condenó a PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado junto con sus correspondientes aportes. Condenó en costas a las demandas y en favor de la demandante. De igual modo, respecto al llamamiento en garantía condenó en costas a SKANDIA S.A. y a favor de Mapfre.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo, en síntesis, que con base en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones legales pertinentes, la responsabilidad de las aseguradoras es de carácter profesional, teniendo el deber de suministrar al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, informar las ventajas desventajas, riesgos y características de los dos regímenes sin ningún tipo de parcialidad, pues se debe brindar la información de manera objetiva, aunado a que debe ser brindada al momento del traslado y no con posterioridad, porque se tornaría inoportuna. Encontró que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invierte en favor de aquel, por corresponder a un supuesto negativo que

no puede ser demostrado por quien lo invoca, en esa medida, señaló que en el presente caso PORVENIR S.A. no existía prueba que se le haya brindado la información completa a la demandante al momento de la afiliación, puesto que el formulario de afiliación sólo contiene la fecha de diligenciamiento y los datos personales y laborales de la actora, sin que se deduzca el cumplimiento del deber por parte de la AFP, porque no había información escrita o documental de la información suministrada. Mencionó que frente a las excepciones propuestas por las demandadas, la sentencia CSJ SL1688-2019 manifestó que la reacción del ordenamiento jurídico, a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, el examen de acto del cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el afiliado de buena fe, por ende la referencia que el accionante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación del saneamiento del acto puesto que a diferencia de algunas nulidades que son eliminadas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto que no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. Agregó que la actuación viciada del traslado de RPMPD no se convalida por los traslados de administradoras dentro del último régimen, ciertamente la decisión de escoger entre una y otra no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sencillamente el contenido de los derechos prestacionales. Así las cosas, encontró viable declarar la nulidad de la afiliación y por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación de la demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de nulidad del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A** apeló la decisión señalando para tal efecto que, en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado régimen pensional, para el momento de la afiliación, la AFP cumplió con los requisitos legales, pues para la época no existía requisito más que la documental de la vinculación de la AFP, por lo que la se estaría creando una tarifa legal, agregó que los actos sucesivos de ratificación de la actora, da cuenta de su voluntad de quedarse en cierto régimen pensional. Respecto de los saldos a seguros y primas descontados, de acuerdo a lo regulado normativamente, de estos conceptos se cumplió con la finalidad de los mismos y de trasladarse, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES.

La **AFP SKANDIA S.A.** apeló la sentencia en lo relativo a la condena de trasladar hacia COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración y al seguro previsional, pues no consideró procedente que se ordene la devolución de estos conceptos al tratarse de comisiones causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la accionante, descuentos que se hicieron en su momento como contraprestación a una buena gestión de administración. Mencionó que conforme al art. 230 de la Constitución Política, no encuentra viable darle los efectos de la jurisprudencia a la ineficacia y no los señalamientos legales, pues debe irse en coherencia con el art. 20 de la Ley 100 de 1993. Añadió que, de ser confirmada la Sentencia, en lo relativo a los gastos de administración, solicitó que se dé por probada la figura de la prescripción frente a los gastos de administración al coexistir dos tipos de relaciones simultaneas (AFP- Afiliado – AFP- Aseguradora) por lo que en este último estimó que debe ceñirse a lo regulado en el Código de Comercio. Agregó que frente al llamamiento en garantía que se formuló por SKANDIA S.A. contra Mapfre, fundamentado en que normativamente en el art. 64 del Código General del Proceso, y al existir entre SKANDIA y Mapfre un contrato de seguros previsionales, debe exigir a esta el reembolso total o parcial de las sumas materializadas de retomar los gastos de administración, Pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por último, solicitó no ser condenada en costas.

Finalmente, **COLPENSIONES** apeló la decisión indicando que, de acuerdo a la Ley 100 de 93 la demandante presentó a COLPENSIONES solicitud de traslado al RPMPD el 20 de enero de 2020, sin embargo, una vez verificó las documentales, éstas dieron cuenta que a esa fecha tenía 59 años de edad, por lo que se encontraría inmersa en la prohibición del artículo 13 de la ley 100 literal e. y tampoco conto con 15 años cotizados al 01 de abril de 1994, por lo que no puede retornar al RPMPD, teniendo en cuenta además los preceptos jurisprudenciales; manifestó que la afiliación de la actora al RAIS fue de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Se refirió a la Ley 1748 de 2014, aduciendo que, en el año 1999 cuando la demandante se trasladó por primera vez al RAIS los fondos no tenían las obligaciones que consigna dicha ley. Consideró que la accionante no cumplió con sus deberes, como lo es de informarse acerca de los regímenes, aceptando de manera tacita los beneficios que los fondos privados le ofrecieron.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. Las demandadas

PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, en similares términos a los expuestos en la alzada solicitaron que se revoque la sentencia de primer grado. La llamada en garantía Mapfre también presentó alegatos solicitando que se confirme la sentencia en lo que a ella concierne. Por su parte, la actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A página 12 del archivo «1. 2020-00254 Demanda y anexos - Folios 1 a 109» obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 07 de octubre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante

petición dirigida a COLPENSIONES el 20 enero de 2020 (Exp. Digital. 1. 2020-00254 Demanda y anexos - Folios 1 a 109. Pág. 33), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 717.28 semanas de cotización (Exp. Digital. 8. 2020-00254 Contestación Colpensiones - Folios 379 a 422 Pág. 18-23), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de septiembre de 1999 (Exp. Digital. 1. 2020-00254 Demanda y anexos - Folios 1 a 109. Pág. 19), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que

tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A., antes HORIZONTE.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen el 30 de septiembre de 1999, ((Exp. Digital. 1. 2020-00254 Demanda y anexos - Folios 1 a 109. Pág. 19), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la

demandada PORVENIR S.A., Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (09 de septiembre de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En se orden, tampoco hay lugar a ordenarle a la llamada en garantía el pago de tales gastos pues ellos están en cabeza exclusiva de las AFP accionadas; ello en tanto y en cuanto, según lo previsto en el artículo 108¹ de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al

¹ **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación. <Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego torna en improcedente los pedimentos de la AFP SKANDIA.

En este orden de ideas, considera la Sala que sin desconocer los acertados argumentos expuestos en los recursos de apelación, en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los gastos de administración han de ser remitidos a COLPENSIONES, junto con los respectivos rendimientos y/o frutos generados en el RAIS, máxime cuando recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

«[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

Y en lo que refiere a la procedencia de la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar a los recurrentes que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido incluida la AFP recurrente en este puntualísimo aspecto, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, tal como se ordenó en la sentencia.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

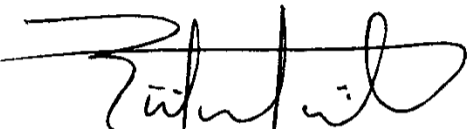
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

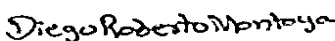
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA PATRICIA VALENCIA NEIRA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-004-2020-00383-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las entidades accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 04 de octubre de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA PATRICIA VALENCIA NEIRA** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS. En consecuencia, se condene a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó al RAIS, junto con las sumas adicionales que obran en su cuenta de ahorro individual. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a contabilizar las semanas que cotizó en el RAIS, para efectos pensionales. Finalmente, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 22 de julio de 1967 y cotizó en el Instituto de Seguros Sociales-ISS desde agosto de 1986 hasta el mes de abril de 2001, momento en el que se trasladó al RAIS, por medio de la AFP

COLFONDOS, entidad que no le brindó una información completa, clara, veraz, oportuna y suficiente sobre las diferencias entre uno y otro régimen, ni las desventajas del RAIS y mucho menos las implicaciones del traslado. Explicó que su mesada pensional en el RPMPD sería de \$2.440.636, mientras que en el RAIS sería de tan solo \$925.484. Agregó que el día 11 de septiembre de 2020, elevó peticiones ante COLPENSIONES y COLFONDOS, solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, no obstante, ambas entidades negaron su pedimento (Exp. Digital: 1. 2020-00383 Demanda y anexos - Folios 1 a 148, págs. 4 a 20).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, haciendo imposible su traslado de régimen, pues se trasgrediría el principio de la sostenibilidad financiera del sistema. Señaló que si la demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS, se debe a que recibió la información suficiente por parte de COLFONDOS. Adujo que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues suscribió el formulario de afiliación, de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Mencionó que para el momento del traslado, el traslado entre regímenes se hacía efectivo con el diligenciamiento del formulario, documento en el que se plasmaba la voluntad de afiliación. Arguyó que para el 01 de abril de 1994, la accionante no cumplía con la edad, ni tiempo de servicios para ser beneficiaria del régimen de transición, por tanto no procede su traslado de régimen. Como excepciones de fondo, formuló las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «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 (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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 9. 2020-00383 Contestación Colpensiones, págs. 4 a 21).

Por su parte, **COLFONDOS** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre las implicaciones de su traslado, informándole acerca de las características del RAIS y las diferencias entre uno y otro régimen. Señaló

que la afiliación de la actora cumplió con todos los requisitos de ley, precisando que el formulario de vinculación fue firmado por aquella, sin presión o coacción, en conclusión, no existió vicio en el consentimiento alguno. Adujo que no es dable pretender la ineficacia de un acto válido que nació a la vida jurídica y fue ratificado por la demandante, pues aquella no manifestó inconformidad alguna, ni retornó al RPMPD. Preciso que no hay razón para declarar la ineficacia del traslado, pues no se ha vulnerado el derecho pensional de la accionante, porque en cuanto cumpla con los requisitos, podrá adquirir una pensión en el RAIS. Propuso como excepciones de mérito, 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (Exp. Digital: 8. 2020-00383 Contesta Colfondos - Folios - 177-277, págs. 3 a 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 04 de octubre de 2021 declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a la AFP COLFONDOS S.A. suscrita en el año 2001. En consecuencia, condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexados por todo el tiempo que la demandante permaneció afiliada a dicha AFP. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de la demandante, sin dilación alguna. Condenó en costas a COLFONDOS S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la expresión libre y voluntaria de que trata el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone la existencia de un conocimiento que sólo se alcanza cuando los afiliados entienden las consecuencias que el traslado puede tener sobre sus derechos prestacionales, por lo que las aseguradoras deben acreditar que suministraron al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, so pena de declarar su ineficacia. Preciso que la información debe ser brindada al momento del traslado y no con posterioridad, porque se tornaría inoportuna. Encontró que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invierte en favor de aquel, por corresponder a un supuesto negativo que no puede ser demostrado por quien lo invoca,

en esa medida, señaló que en el presente caso COLFONDOS S.A. no le brindó la información completa a la demandante al momento de la afiliación, puesto que el formulario de afiliación sólo contiene la fecha de diligenciamiento y los datos personales y laborales de la actora, sin que se deduzca el cumplimiento del deber por parte de la AFP. Así las cosas, encontró viable declarar la nulidad de la afiliación y por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación de la demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos. Explicó que procede el traslado de los aportes, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones de seguros, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el afiliado de buena fe no está en el deber de restituir los rendimientos generados por sus aportes bajo la AFP accionada, mientras que la entidad debe retornar los gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexados, toda vez que pierden su poder adquisitivo. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de nulidad del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.** apeló la decisión, argumentando que no es dable retornar los gastos de administración debidamente indexados, toda vez que se trata de descuentos autorizados por la ley en ambos regímenes pensionales. Manifestó que los gastos de administración tienen destinaciones específicas, pues de un lado, se utilizan para adquirir unas pólizas de invalidez y sobrevivencia a favor del afiliado, las cuales son pagadas a un tercero de buena fe; de otra parte, se usan para la administración de los aportes, de forma que produzcan rendimientos financieros, tal como se logró en el caso de la demandante. Arguyó que COLPENSIONES se ve beneficiada al ser quien recibe más del 100% de lo que hubiere cotizado la demandante en caso de continuar afiliada al RPMPD. Adujo que los gastos de administración son de tracto sucesivo, por tanto los que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación se encuentran prescritos. Señaló que al ordenar la devolución de los gastos de administración indexados, se impone una condena al pago de perjuicios, los cuales no fueron discutidos ni probados, contrario sensu, se demostró que gracias a la gestión del fondo privado, la actora obtuvo muy buenos rendimientos financieros. Solicitó que sólo se ordene el traslado de los aportes y rendimientos financieros, pues los gastos de administración no hacen parte del capital que financia la pensión de vejez, es decir que se puede aplicar la prescripción.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, argumentando que las pruebas arrimadas al proceso, dan cuenta de que existió un error de derecho y no de hecho, el cual fue subsanado con el paso del tiempo, pues la

demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, aunado a que permaneció afiliada al RAIS de forma prolongada. Aseguró que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, de tal forma que no es procedente efectuar su traslado. Aseveró que al autorizar el traslado de la demandante, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, en tanto, la cotización entre uno y otro régimen varía, afectando a COLPENSIONES pues el monto pensional reconocido en el RPMPD es diferente al que se reconoce en el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, manifestando que no procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. La parte actora allegó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión. Finalmente, COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ello conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, CSJ SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 96 del archivo digital «1. 2020-00383 Demanda y anexos - Folios 1 a 148» obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de julio de 1967, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y COLFONDOS el 11 de septiembre de 2020 (Exp. Digital: 1. 2020-00383 Demanda y anexos - Folios 1 a 148, págs.113 a 123), es decir, cuando estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 348.28 (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_2010-20210618081544), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 18 de abril de 2001 (Exp. Digital: 8. 2020-00383 Contesta Colfondos - Folios - 177-277, págs. 19), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de las sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado,

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisonal se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de

realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: 8. 2020-00383 Contesta Colfondos - Folios - 177-277, págs. 19), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria correspondiente al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado la información pertinente en los términos expuestos.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de abril de 2001), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «en

tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

Así, en el contexto de la afiliación al RAIS así verificada, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema de seguridad social en pensión, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está invalidando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio del RPM al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, y como ya se indicó, con todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones, como el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

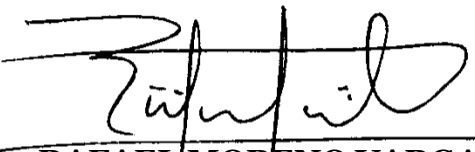
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

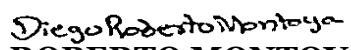
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA ELIZABETH MERCHAN MARULANDA contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad 110013105-007-2019-00649-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA ELIZABETH MERCHAN MARULANDA** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN. En consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó al RAIS, junto con los gastos de administración. Igualmente, se condene a la AFP PROTECCIÓN al pago de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por su conducta violatoria del artículo 13, literal b y artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que cotizó en el Instituto de Seguros Sociales-ISS desde el inicio de su actividad laboral hasta el 11 de noviembre de 1999, momento en el que se trasladó al RAIS, por medio de la AFP PROTECCIÓN, entidad que le indicó que no perdería los beneficios pensionales del RPMPD, sin embargo, no le informó sobre los riesgos del traslado, ni le realizó una proyección pensional en uno y otro régimen. Señaló que ni CAJANAL, ni el ISS realizaron alguna gestión para desvirtuar lo dicho por el fondo privado, esto es, que su liquidación era inminente. Aseguró que su permanencia en el RAIS lesiona su calidad de vida, su derecho a la dignidad humana y su mínimo vital, toda vez que el monto de la pensión a la que tendría derecho en el RAIS sería del 60% del monto total de la que le reconocería el RPMPD. Explicó que elevó peticiones ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES, solicitando la afiliación al RPMPD, no obstante, la primera entidad negó el pedimento y la segunda, guardó silencio (Exp. Digital: 01CuadernoPrincipal, págs. 4 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que brindó a la demandante una asesoría sobre el sistema general de pensiones, incluyendo las características y diferencias entre uno y otro régimen, así como las consecuencias del traslado, de tal suerte que la actora nunca fue inducida a error, contrario sensu, tuvo los elementos de juicio suficientes para decidir libremente sobre su afiliación al RAIS. Mencionó que el 14 de mayo de 2009, la demandante recibió una re asesoría donde se le informó de manera clara y oportuna las consecuencias de permanecer en el RAIS, momento en el que aquella decidió aplazar su decisión. Agregó que para el momento del traslado de la actora, no era obligación de las AFP realizar un comparativo de la mesada pensional en ambos regímenes, pues ese deber surgió solo hasta el 2014. Aseguró que la demandante firmó el formulario de afiliación de forma libre y espontánea, solemnizándose la vinculación y generando derechos y obligaciones a cargo de aquella. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación», «Buena fe», «prescripción», «falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «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», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos

de terceros de buena fe» (Exp. Digital: 03ContestacionProteccion20200707, págs. 1 a 44).

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que no se allegó prueba alguna de que la AFP haya hecho incurrir en error a la demandante, ni de la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Manifestó que la actora no dejó constancia de su inconformidad en las solicitudes, al contrario, suscribió de manera voluntaria el formulario, sin constreñimiento alguno. Explicó que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, por lo que no se puede efectuar su traslado de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 792 de 2003. Como excepciones de fondo, formuló 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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 07ContestacionColpensiones20201014).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 08 de julio de 2021, declaró la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por la demandante al RAIS el 12 de noviembre de 1999 por medio de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN. Ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, las comisiones y los gastos de administración, los cuales deben ser reintegrados debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS. Condenó en costas a PROTECCIÓN.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que las AFP desde su inicio tienen el deber de brindar la información transparente y necesaria para que el afiliado pueda decidir de forma libre y voluntaria entre todas las opciones del mercado. Aseveró que el deber de afiliación debe brindarse antes de la afiliación y durante toda la vinculación, de suerte la información suministrada sea clara, comprensible y lo suficiente útil para tomar la decisión de pertenecer al régimen pensional. Precisó que las negaciones indefinidas no requieren prueba, por lo que le corresponde a la AFP acreditar que cumplió con el deber de información. Es por

ello que, encontró que COLMENA, hoy PROTECCIÓN, no brindó la información suficiente y clara a la demandante sobre las características de cada régimen, ni de las consecuencias jurídicas de su traslado, pues halló huérfano el expediente de pruebas tendientes a demostrar el cumplimiento de tal deber. Aclaró que pese a que la demandante recibió una re asesoría por parte de la AFP PROTECCIÓN, no se probó que con esa diligencia se haya superado la falencia que ocurrió al momento del traslado. Adujo que la sanción establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 sólo es de carácter administrativo y no de una indemnización a favor del afiliado, por lo que no es dable su reconocimiento. Explicó que pese a que la demandante cotizó a la Caja de Previsión Social-CAJANAL, COLPENSIONES es la competente para recibir la afiliación de aquella, dado que, en la actualidad es la única administradora del RPMPD. Finalizó argumentando que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto el contradictorio está relacionado con el derecho irrenunciable a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES instauró recurso de apelación, arguyendo que, el traslado de la demandante se realizó de manera voluntaria, en los términos de la Ley 100 de 1993, aunado a que, el momento de solicitar el traslado se encontraba inmersa en la prohibición de traslado. Aseveró que al momento del traslado, el formulario era la prueba para demostrar la voluntad del afiliado de realizar el traslado de régimen. Preciso que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no sería afectada su situación pensional. Mencionó que pese a que se realizarán algunas devoluciones, lo cierto es que no se puede saber de cuánto será el detrimento que se cause a la entidad, pues no se ha establecido el monto de la mesada de la demandante.

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN presentó recurso de apelación parcial, argumentando que los gastos de administración son descuentos autorizados por la ley para ambos regímenes. Resaltó que el seguro previsional es pagado a un tercero, esto es, la aseguradora que garantizó la protección a la demandante ante los riesgos de invalidez y muerte. Agregó que el cobro de esos gastos de administración es afirmar que existió un perjuicio, no obstante, no se acreditó la existencia de un daño, ni un nexo causal con la conducta del fondo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó de conclusión solicitando se revoque la sentencia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, CSJ SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes

de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Al expediente digital se aportó copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (01CuadernoPrincipal, pág. 32), donde se registra como fecha de nacimiento el 08 de junio de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN, el 24 y 26 de abril de 2019 (01CuadernoPrincipal, págs. 22 a 26 y 30 a 31), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 59.57 semanas cotizadas al RPMPD (Exp. Digital: 03ContestacionProteccion20200707, Págs. 70 a 86 y 10HistoriaLaboral) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de noviembre de 1999 (Exp. Digital: 01CuadernoPrincipal, pág. 43), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, en entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues

en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: 01CuadernoPrincipal, pág. 43), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (12 de noviembre de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello no deriva en la nulidad, sino en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del mismo, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado irregular de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones, como el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de

régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

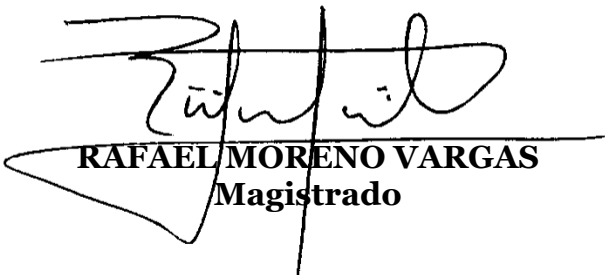
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por URIEL ESTEBAN SIERRA ZULETA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-008-2019-00285-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **URIEL ESTEBAN SIERRA ZULETA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia y nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- efectuada por PORVENIR S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a esta última, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES las cotizaciones a pensiones que se han acumulado en su cuenta individual. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que le sean trasladados. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo ultra y extra petita, así como al pago de las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, el 11 de diciembre de 1989 inició a efectuar aportes en seguridad social en pensiones en el Régimen

de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, a través del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, sin embargo, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS desde el año 2000, luego de que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. le informara que era mejor pertenecer al RAIS, sin recibir explicación alguna sobre los beneficios y riesgos de trasladarse. Señaló que el 08 de marzo de 2019 recibió una asesoría por parte de Porvenir S.A., donde se le indicó que su mesada pensional sería de uno o dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual afecta sus derechos porque su promedio salarial siempre ha sido superior a ese monto. Añadió que tanto Porvenir S.A. como Colpensiones, negaron su traslado del RPMPD al RAIS (fls. 3 a 7).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la parte actora no allegó prueba alguna sobre las razones que fundamentan la nulidad pretendida. Aseguró que cumplió con el deber de la información que estaba vigente al momento del traslado del demandante, esto es el Decreto 663 de 1993, por lo que no procede la ineficacia de la afiliación. Aseveró que mantuvo una comunicación fluida con el demandante, pues aquel remitía copias de los documentos en los que constan los aportes hechos a pensión, conducta que encuadra dentro de lo que la Corte Suprema de Justicia ha denominado actos de relacionamiento, en consecuencia, se puede deducir la voluntad del actor de permanecer en el RAIS. Resaltó que la decisión del accionante de trasladarse de régimen fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación. Formuló como excepciones de mérito las 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» (fls. 100 a 119).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que en el plenario obran pruebas suficientes para deducir que el accionante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria, tras haber recibido información clara y precisa sobre los efectos jurídicos del cambio de régimen. Aseguró que en virtud del artículo 83 de la Constitución Política, se presume que las actuaciones de los particulares y de las autoridades están ceñidas a los postulados de la buena, por lo que corresponde a la parte actora demostrar que el fondo privado actuó de mala fe. Mencionó que no se configuran los presupuestos de hecho para que se configure la nulidad y/o ineficacia del traslado,

toda vez que el demandante fue informado sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, aunado a que, no fue obligado o presionado para efectuar el traslado, en consecuencia, no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 213 a 219).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 07 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante del RPMPD al RAIS verificado a través de la AFP PORVENIR S.A. y realizado el día 17 de noviembre de 1999. En consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, debidamente indexados, junto con los respectivos intereses de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil. Condenó a COLPENSIONES a recibir el traslado del demandante, así como los valores que traslade PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que las AFP tienen el deber de informar al afiliado sobre su derecho pensional en uno y otro régimen, así como las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos puedan tener en su situación pensional, de tal suerte que el traslado esté precedido por un consentimiento informado, pues de lo contrario, la afiliación carece de validez. Manifestó que el precedente jurisprudencial no sólo se extiende a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes tenían una expectativa legítima para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino que las AFP tienen el deber de suministrar información completa, veraz y oportuna a todos los afiliados, por lo que les compete a los fondos demostrar que cumplieron con su obligación. En ese orden, señaló que la AFP PORVENIR no acreditó el cumplimiento de dicho supuesto fáctico, aclarando que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para tal fin, dado que no demuestra la existencia de consentimiento informado a la hora de efectuar el cambio de régimen, aunado a que, el demandante no confesó haber recibido la información idónea. Mencionó que si bien para el momento del traslado no existía claridad a cerca de la forma en la que se debía brindar la información, ello no es óbice para que las AFP no cumplieran con su deber, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 656 de 1994 y Decreto 663 de 1993. Así las cosas, argumentó que fue entonces el formulario de solicitud de afiliación el

único documento que pretende probar la vinculación al RAIS y ello resulta insuficiente, por lo que estimó razonable declarar la ineficacia de traslado requerida por el demandante. De otro lado, señaló que, todos los emolumentos deberán ser devueltos a COLPENSIONES, debidamente indexados, aclarando que no se trata de una sanción sino de la actualización necesaria del dinero. Resaltó que al declarar la ineficacia, las cosas retornan al estado inicial, por tanto se deben trasladar todos los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante. Finalmente, aseveró que la acción que persigue la ineficacia de la afiliación no está sometida al término de prescripción por estar relacionada con el derecho pensional del demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión para que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto, que la afiliación del demandante cumplió con todos los requisitos legales, aunado a que, el formulario de afiliación suscrito fue aprobado por la Superintendencia Financiera. Manifestó su inconformidad con la aplicación del Decreto 663 de 1993, pues sólo se puede entender que se debe ofrecer elementos de juicio suficientes para elegir la mejor opción dentro de los fondos privados, es decir, que la misma no se puede extender al deber de información respecto de los regímenes pensionales. Arguyó que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sanciona el impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, es decir que no menciona la falta del deber de información como una causa para declarar la ineficacia. Adujo que ni la Ley 100 de 1993, ni sus normas complementarias reglamentaron el deber de información, de tal forma que para el momento del traslado no existía esa obligación, sino que fue estatuida con posterioridad, sin que sea posible su aplicación retroactiva. Mencionó que el demandante aceptó conocer algunas características del RAIS, aunado a que su motivación para trasladarse es que en el fondo privado recibirá una pensión de un salario mínimo, mientras que en COLPENSIONES la mesada ascendería a los \$4.800.000 o \$5.000.000. Por lo anterior, consideró que al establecerse la verdadera motivación del demandante, no es dable declarar la ineficacia, máxime cuando las condiciones para calcular el monto de la pensión están legalmente establecidas. Añadió que el demandante no tuvo la intención de trasladarse al RPMPD, por lo que no estimó razonable que el demandante acuda a la figura de la ineficacia para acceder una mesada más favorable, afectando incluso la sostenibilidad financiera. Argumentó que no se debió invertir la carga de la prueba, toda vez que los hechos de la demanda no cumplen con los requisitos para ser negaciones indefinidas. Aseveró que el demandante también tenía unos deberes, incluyendo el de informarse. Precisó que en caso de confirmar la decisión,

no es dable ordenar el traslado de los gastos de administración, junto con los intereses o rendimientos, teniendo en cuenta las restituciones mutuas. Mencionó que la ineficacia hace que las cosas retornen a su estado inicial, resultando contradictorio que sólo se ordene la devolución de los gastos de administración, mientras que el demandante se beneficia de los rendimientos financieros que ganó por la administración del fondo privado. Alegó que las primas de invalidez y sobrevivencia garantizaron que el demandante estuviera cubierto de los riesgos de invalidez y muerte, aunado a que, esos emolumentos no están llamados a financiar la pensión, por lo cual no procede su devolución. Aclaró que la prescripción sí puede aplicarse a los gastos de administración, sumas adicionales y primas de invalidez y sobrevivencia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos, manifestando que no procede el traslado de régimen del demandante. A su vez, la demandada PORVENIR allegó alegatos en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. Finalmente, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias SL2208-2021, SL2209-2021, CSJ SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para

quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 71 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 18 de enero de 1959, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes de la presente anualidad, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el 27 de febrero de 2019 (fls.8 y 16), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 221,42 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (fl. 20), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de noviembre de 1999 (fl. 11), específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral que definen con criterio de autoridad esta problemática, la Sala

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se

persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen, el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 11) plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (17 de noviembre de 1999, fl. 11), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino

una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a menos de diez (10) años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Y en lo que refiere a la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente***

indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De igual forma, tampoco incide que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que el demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

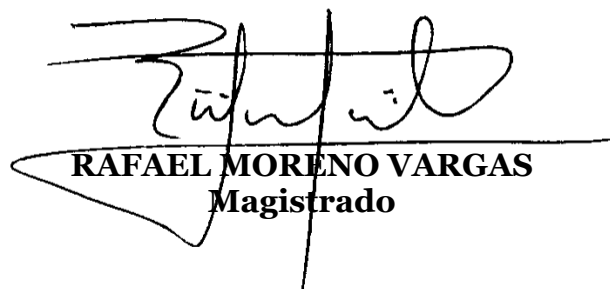
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

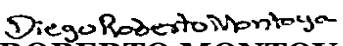
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA ESLENIS BAQUERO BAQUERO contra AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES. Rad. 110013105-010-2019-00184-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por quienes integran la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de septiembre de 2021. Así mismo, se surtirá el Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA ESLENIS BAQUERO BAQUERO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare nulo e ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, así como su afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por haberse realizado de forma engañosa, sin la asesoría suficiente, adecuada, clara, oportuna y correcta. Como consecuencia de la anulación de su traslado al RAIS, solicitó se anulen los traslados subsiguientes entre distintas AFP, así mismo, se declare que tiene derecho a permanecer vinculada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y se declare que COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos sus aportes efectuados indexados al RAIS, desde la afiliación hasta cuando se verifique el traslado a COLPENSIONES. Finalmente solicitó que se ordene a COLPENSIONES que una vez haya recibido todos los aportes, actualice la historia laboral; asimismo, se condene

en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas y se les condene al pago de las prestaciones ultra y/o extra petita que resulten probadas dentro del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de marzo de 1961, manifestó que ha laborado en distintas empresas del sector privado cotizando con interrupciones entre agosto de 1979 y el 31 de diciembre de 1995, precisó que la actora cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES, un total de 573.30 semanas, adujo que como consecuencia de una asesoría engañosa, tendenciosa, incompleta e insuficiente suministrada por los empleados o representantes de la AFP PORVENIR S.A., expresó que el 29 de enero de 1996 se trasladó del RPMPD al RAIS. Manifestó que cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. Relató que, el 11 de julio de 2002, funcionarios de la AFP SANTANDER visitaron las instalaciones de la empresa donde laboraba la demandante la indujeron para que se trasladara a esa administradora, donde firmó el formulario de traslado, pero tampoco le brindaron una asesoría adecuada ni le informaron las consecuencias de permanecer en el RAIS. Agregó que la AFP PORVENIR S.A., el 27 de septiembre de 2009 la trasladó a la AFP COLFONDOS, sin recibir ninguna asesoría respecto de los beneficios y las consecuencias de seguir en el RAIS, no obstante, indicó que, continuó laborando y cotizando al Sistema General de Seguridad Social. Preocupada por su futuro pensional, solicitó a la AFP COLFONDOS información sobre su situación, obteniendo respuesta el 13 de marzo de 2018, en donde se le indicó su saldo en su cuenta de ahorro, el valor de su bono y sus semanas cotizadas, por lo que el 30 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES la reactivación de su afiliación al RPM. Mencionó que solicitó la anulación de su traslado su traslado de régimen por presentar vicios en el consentimiento el 08 de junio de 2018 a la AFP PORVENIR, el 19 de octubre de 2018. Advirtió que, COLPENSIONES le negó la petición de la actora argumentando que a ella le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Preciso que, con oficio del 03 de julio de 2018, la AFP PORVENIR le manifestó que por no estar afiliada a esa AFP no es procedente acceder a lo solicitado. A su vez, el 03 de julio, la AFP PROTECCIÓN a su vez le negó la solicitud indicando que ella firmó una solicitud de afiliación producto de un traslado entre AFP el 27 de septiembre de 2009, y en comunicación del 29 de octubre de 2018, la AFP PROTECCIÓN negó la solicitud y argumentó para tal efecto que, por aparecer la firma de ella en el formulario de traslado, éste se considera válido. (Expediente digital: 09 ExpedienteDigital2019-184.pdf. Págs. 148 a 164).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias incoadas por la parte demandante argumentando para tal efecto que a la fecha el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento acaecía en el proceso de traslado debe ser probado en el transcurso del presente trámite judicial. Se opuso a las condenas en costas y agencias. Expresó que al tratarse de una empresa del orden nacional es menester el requisito de agotamiento de vía gubernativa como presupuesto de competencia del juez ordinario y dado que en este caso no se agotó tal supuesto por la declaratoria de nulidad del traslado del RPM al RAIS, no hay lugar a que el litigio se refiera a ningún aspecto de los pretendidos en la demanda. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Expediente digital: 09 ExpedienteDigital2019-184.pdf. Págs. 171 a 176).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal evento que se opone a que se declare la nulidad del acto del traslado al RAIS, así como los demás traslado horizontales entre las AFP'S, como quiera que la afiliación efectuada por la demandante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección, dado que COLFONDOS no conoce los motivos que llevaron a la demandante a que se afiliara a PORVENIR S.A., ni la información que esta AFP le suministró, sin embargo, aclaró que los asesores comerciales de COLFONDOS sí brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, por lo anterior, resaltó que no se puede concluir que el traslado a otro fondo es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley y que el formulario de vinculación contiene la firma del señor accionante, de manera que para el presente caso, no se presentó ningún vicio en el consentimiento que invalide la decisión de la demandante de afiliarse al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., añadió que, no se podrá condenar a esta entidad a la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal contempladas en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993. 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago». (Expediente digital: 09 ExpedienteDigital2019-184.pdf, Fls. 195 a 212).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que la actora, de manera libre y voluntaria suscribió la solicitud de vinculación a través de la AFP Santander, absorbida por ING, hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento. Se aclara que no se advierte algún error, dolo o fuerza que vicie el consentimiento de la actora ni engaño en su buena fe y por ende devenga la nulidad de la vinculación. Sumado a ello, añadió que los asesores de las AFP'S absorbidas por Protección S.A. fueron diligentes al brindar información verbal a la accionante a la modalidad pensional, el cambio de la mesada pensional y demás aspectos relevantes para que la actora de manera libre y voluntaria una vez estuviera bien informada adoptara su decisión de suscribir el formulario de afiliación. Presentó como excepciones de mérito las de «declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación de la AFP», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A.», «ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 2002», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver 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», «prescripción», «buena fe por parte de la demandada AFP Protección S.A.», «compensación» y «excepción genérica». (Expediente digital: 09 ExpedienteDigital2019-184.pdf, Fls. 234 a 240).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 30 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 29/01/1996 y, en consecuencia, declaró ineficaz su traslado del RPM al RAIS, así mismo la ineficacia de los subsiguientes traslados realizados a la AFP PROTECCION S.A. en su momento AFP SANTANDER, con la AFP PORVENIR y con la AFP COLFONDOS. Condenó a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad. Condenó a COLFONDOS S.A. a hacer entrega a

COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, frutos e intereses 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 de gastos y cuotas de administración que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes. Condenó a PORVENIR S.A., hacer entrega a COLPENSIONES, de las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos y cuotas de administración y debidamente indexadas, con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados corresponda a lo ordenado en la sentencia. Condenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en la sentencia, así mismo, condenó a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en el RAIS y por ende señaló que tiene un total de 1767.1 semanas cotizadas incluido las cotizadas a Colpensiones y las cotizaciones en el RAIS. Condenó en costas a la AFP PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, precisó que conforme a lo establecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el deber de información surgió con la expedición de la Ley 100 de 1993, y que el mismo está a cargo de las administradoras, razón por la cual, las AFP tienen la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria respecto de las características, condiciones, requisitos, accesos y servicios de cada uno de los regímenes especiales, con el fin de que el potencial afiliado tome una decisión informada y consciente, libre y voluntaria, así mismo señaló que la información que se suministra no puede ser incompleta, deficiente o sesgada, implicando así un análisis previo y calificado de los antecedentes que se tiene del posible afiliado y que debe de contar el asesor al momento de su afiliación. Resaltó que la suscripción de la firma en los formularios de afiliación y las expresiones pre impresas de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por probado el deber de información completo y suficiente, toda vez que, solo demuestra un consentimiento, pero no informado; aunado anotó, que con la re asesoría brindada por un AFP no se sana el incumplimiento del deber de información, toda vez que en su consideración el traslado al RAIS implica la pérdida de los beneficios derivados del régimen de transición y porque la oportunidad de información se ajusta es al momento del acto jurídico no con posterioridad. En tal sentido, sostuvo que en el caso bajo estudio no se logró demostrar el deber de información por el fondo accionado ni por confesión ni documentalmente, reiterando que la firma en el formulario de afiliación prueba el consentimiento, pero no

demuestra que el mismo fue informado, por lo anterior encontró ineficaz el traslado y en consecuencia procedía su regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD en COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que con la sentencia se incumplen principios fundamentales del derecho como el principio de la confianza legítima y el principio de inescindibilidad de las normas. Primero se incumple al desconocer el valor del formulario de afiliación estableciendo que en este no hay información o no hay cuenta de la información que se le suministró para el año 1996, pero en ninguna parte de la ley ni de los decretos reglamentarios establecían que este formulario de afiliación debía tener esa información y la suscripción de este formulario de afiliación daba cuenta de la aceptación de los requisitos del régimen al que se estaba afiliando, un requisito *sine qua non* que probaba la existencia y validez del contrato de afiliación. En ese sentido, se incumple el principio de la confianza legítima, toda vez que se le exige a la entidad traer prueba documental de la información que suministró para el año 1996 cuando la entidad en esa época tenía la plena confianza de que con la suscripción del formulario de afiliación se lograba acreditar, tanto la existencia como validez del contrato de afiliación. Acotó que no es función de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desestimar el valor probatorio de algún documento, sino de establecer la interpretación y alcance de la normatividad, sin embargo, en estos casos se incumple este aspecto de la jurisprudencia y de los elementos de las demandas de casación en sus sentencias propiamente hablando. Que el segundo principio que se incumple es el de inescindibilidad de las normas ya que lo que hace es coger apartes convenientes de las normas y establecerlos para beneficiar a la hoy demandante y en ese sentido, recordó lo que dice la Corte Constitucional sobre el principio de inescindibilidad de las normas, en la sentencia T-569 del 2015, En ese sentido, destacó el cumplimiento de este principio ya que el artículo 1746 del CC establece que la nulidad da el derecho a las restituciones al mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el contrato nulo, que si aquí se declaró ineficaz el traslado, las cosas se retrotraen a su estado original, entre ello lo relacionado con los rendimientos financiero; que el régimen de prima media no genera rendimientos a favor de sus afiliados y si nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, entonces no se pudieron generar estos rendimientos financieros. Que no puede ser que se declare la ineficacia de un acto para una parte y no se declare esa ineficacia para la otra parte, la entidad debe trasladar los dineros que están en su cuenta, en este caso, los gastos de administración porque nunca debieron estar en este régimen pero hay que

trasladarle los rendimientos financieros, pese a que el régimen de prima media no genera rendimientos financieros. En ese sentido, estimó que la decisión de primera instancia propende por un enriquecimiento sin causa. Agregó que, el desconocimiento de las normas no es excusa, sin embargo, en estos procesos el desconocimiento de la norma si es excusa. Añadió que esta entidad no está obligada a trasladar los frutos financieros establecidos y en ese orden de ideas, solo estaría obligado si se prueba la mala fe y en este proceso, que si es a título de indemnización de perjuicios, en este proceso no se habló en ningún momento de un daño, un hecho, un nexo causal a favor de Colpensiones que es quien va a recibir estos gastos de administración y si es a título de sanción se incumple el principio de tipicidad de la sanción porque en ningún punto de la norma se establece que cuando se inobserva una de las obligaciones, por ejemplo, el deber de información, esta entidad debe responder con su propio patrimonio por los gastos de administración, entonces lo que está haciendo la jurisprudencia es generar subreglas o subnormas que no es la función de la jurisprudencia propiamente hablando. Sobre el elemento de prescripción resaltó que los gastos de administración sí prescriben, porque no están destinados a financiar la pensión. Por último, señaló sobre la condena en costas, que se incumple la objetividad del artículo 365, pues se está asumiendo una condena en costas como una sanción a esta entidad por ser la administradora del fondo de pensiones quien realizó el traslado, incumpliendo con lo que ha dicho sobre ese aparte, la Corte Constitucional en la sentencia C-157 del 2013 que dice que las cosas no tienen el elemento de ser una sanción o una indemnización de perjuicios. En ese sentido, sostuvo que cuando se condena a las otras AFP'S a trasladar gastos de administración, dineros, incluso, las ineficacias de sus propios traslados también fueron vencidos en juicio y en ese orden de idea, por tanto, también se les debe condenar en costas.

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación de manera parcial únicamente sobre el numeral 4º de la sentencia, en el sentido de que ordena a esta entidad a devolver los gastos de administración. Indicó que se aparta de la sentencia por cuanto el argumento esbozado por la señora juez no es válido, toda vez que los gastos de administración de manera alguna están destinados a financiar la prestación económica de pensión de vejez y así está contemplado en la Ley 100/93. Que los gastos de administración están contemplados, ordenados tanto para el RPMPD como para el RAIS y están destinados a los gastos en que incurre ya sea Colpensiones o alguno de los fondos privados para su funcionamiento y para el pago de los seguros que cubren las incontinencias de invalidez, vejez y muerte. En ningún lado, ni en Colpensiones de régimen de prima media ni en régimen de ahorro individual están destinados a financiar la prestación económica a la que tenga derecho el afiliado, razón por la cual, consideró que, de trasladarse esos gastos de

administración, se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Que también debía tenerse en cuenta que estos gastos no se tienen en cuenta por parte del fallador, el principio de las restituciones mutuas porque si están siendo condenados, a devolver los rendimientos que se le generaron en el transcurso de su estadía en el RAIS que fueron generados por los diferentes fondos, lo mínimo, bajo el principio de restituciones mutuas es que se pague por la gestión que generó esos rendimientos, de lo contrario, si se devuelven los gastos de administración, no habría derecho a que esta persona reclame los rendimientos. Consideró también que los gastos de administración si les opera el régimen de prescripción del artículo 151 y 488 del Código Procesal Laboral, toda vez que, no forman parte del capital que financia la pensión y en ese orden de ideas la misma Corte ha dicho que los únicos dineros que no sufren de prescripción son los que se tienen para financiar la pensión, razones por las cuales se apartó de la decisión.

El apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.** presentó recurso de apelación parcial, en lo que tiene que ver con la condena impuesta de devolver a lo que corresponde a los gastos de administración de una manera indexada, dado que son conceptos que se realizan por consagración legal y se realizan tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual; tienen una contraprestación directa y son los rendimientos que son generados por la buena administración que se genera por Colfondos y los cuales son mucho mayores a las sumas descontadas por gastos de administración, pues los rendimientos superan de dos a tres veces los descuentos de gastos de administración, por lo tanto, no hay lugar a que se condene a esta entidad o que se imponga una doble condena a Colfondos y que se condene a esta entidad y se favorezca a COLPENSIONES, pues se tendría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, ya que se vería beneficiada por unos rendimientos y unos gastos de administración como una doble condena a esta entidad. Que tal condena se torna como una condena en daños y perjuicios en contra de Colfondos, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, así como tampoco se allegó siquiera prueba sumaria donde se demuestre que los aportes pensionales de la demandante sufrieron un daño, un perjuicio o se vieron disminuidos ya que contrario a ello, por la buena administración de Colfondos se generaron unos rendimientos que fueron depositados y consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Agregó que es deber del fallador fallar en equidad y en justicia lo que no se presenta en este caso y se falla en contra de Colfondos imponiéndole una condena contra su propio patrimonio, como bien lo manifiesta en la sentencia y más ordenándole a devolver los gastos de administración en los cuales se generaron unos rendimientos y estos rendimientos superan estos gastos de administración, por lo tanto no habría lugar a que se condene a esta entidad; solicitando que se haga una

ponderación entre lo que fueron los descuentos de gastos de administración y los que se generaron por los rendimientos, que son mucho mayores. Asistió que con ello se estaría imponiendo una doble condena en contra de la entidad y se estaría afectando el patrimonio de Colfondos, situación que por demás no fue discutida, debió ser discutido a la luz de una responsabilidad civil y lo cual dentro del presente asunto no sucede. Además de ellos, si son susceptibles de que se les aplique la prescripción, pues no ingresan a la cuenta global de Colpensiones y tampoco ingresan a la cuenta individual de la demandante, razón por la cual si se debe aplicar la prescripción a los gastos de administración. Solicitó que se revoque la condena impuesta a la entidad a devolver los gastos de administración y más de una manera indexada, si bien se indica que es por la desactualización de la moneda, debe tenerse en cuenta que los aportes pensionales de la demandante no sufrieron de este fenómeno ya que se vieron beneficiados con los rendimientos que se generaron por Colfondos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones, las accionadas PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. COLFONDOS guardó silencio y la parte actora solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836

de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (09 ExpedienteDigital2019-184. Pág. 04), donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de marzo de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 30 de mayo de 2018 (Pág. 28), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 518 semanas de cotización (GRP-SCH-HL-66554443332211_1548-20190715110215), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de enero de 1996 (Exp. Digital. 06 CONTESTACION PORVENIR. Pág. 65), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en

un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 29 de enero de 1996, Pág. 65, plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, pero lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (29 de enero de 1996), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el

descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*, sin que las apreciaciones y argumentos esgrimidos por las accionadas tengan la entidad suficiente para variar tal criterio de autoridad.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección es menester precisar que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo

esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En la misma dirección se debe señalar, no es relevante que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. En se sentido, no hay lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver los conceptos y valores a favor de COLPENSIONES es clara, incluyendo lo relacionado con la indexación de los valores objetos de devolución por ser procedentes tal y como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 3207-2020, donde se asentó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineffectia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.»* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineffectia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, frente al punto de apelación de la demandada PORVENIR S.A. relacionado con la condena en costas, advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que la Administradora Porvenir S.A., no es la llamada a solicitar que se imponga condena por concepto de costas procesales a la también demandada Colpensiones, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

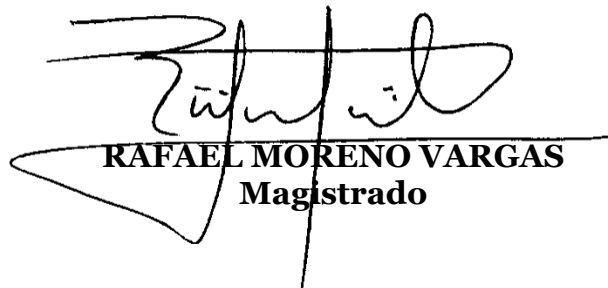
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FRANCISCO JAVIER AMORTEGUI GIL contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-012-2020-00311-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **FRANCISCO JAVIER AMORTEGUI GIL** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de la afiliación de fecha 14 de septiembre de 1999 con la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados. Se ordene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad en el RPMPD. Se condene al pago de costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, nació el 16 de junio de 1959. Que laboró al servicio de la Universidad Nacional de Colombia, realizando cotizaciones a pensión a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional desde el 15 de febrero de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1999. Que fue trasladado al RAIS, mediante formulario de afiliación diligenciado el 14 de septiembre de 1999 con PORVENIR S.A. Afirmó que la afiliación con PORVENIR S.A se dio en razón a la información engañosa proporcionada por los asesores manifestándole que se podría pensionar cuando completara el monto para la pensión del salario mínimo y adicionalmente, obtener la devolución del excedente que le permitiera pagar la deuda que tenía para la fecha con el sistema UPAC. Aunado a lo anterior, PORVENIR S.A. no le proporcionó de manera oportuna información que resultaba imprescindible para construir un acto jurídico de afiliación voluntario, referente a los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS cercenando la posibilidad de que el accionante conociera las implicaciones reales de realizar el traslado de régimen pensional. Que para la fecha en la cual se realizó la afiliación al RAIS, los asesores de PORVENIR S.A. no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que implicaba. Que para la fecha no fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de que cumpliera los 52 años de edad a través de una comunicación dirigida al último domicilio que se tenía registrado y de la publicación por una sola vez de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, como lo prevé la circular externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria. Que actualmente se encuentra afiliado en PORVENIR S.A. y que no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez. Manifestó que el 17 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES tenerlo como afiliado al RPMPD sin solución de continuidad, lo cual fue negado en la misma fecha. Así mismo, solicitó la anulación del traslado a PORVENIR S.A., entidad que respondió negando por improcedente la solicitud e informó que accionante se pensionaría por vejez a los 62 años de edad con una mesada equivalente a \$1.961.600 sin volver a cotizar, o equivalente a \$2.009.000 cotizando 12 meses al año; mientras que en el RPMPD se pensionaría por vejez con una mesada de \$4.960.062, estos es, con una mesada inferior a la que obtendría en el RPMPD, posibilidad que no le fue advertida de manera oportuna por parte de PORVENIR S.A. (Expediente Digital 02.DEMANDA Y ANEXOS (folio 2 a 90). Págs. 1-16).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las

pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y que la selección del mismo y de la administradora se llevó de manera libre, espontánea y sin presiones. En razón a ello, expuso que la accionante decidió trasladarse de fondo, que fue válidamente afiliado a PORVENIR S.A. y no se probó error, fuerza o dolo en su afiliación por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia. Además de ello, expuso que la accionante decidió trasladarse de fondo por lo cual no es procedente que PORVENIR traslade la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos e intereses y bonos pensionales que actualmente se tienen a favor de la accionante. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones». (Expediente Digital 07.CONTESTACION COLPENSIONES (folio 109 a 139). Págs. 2 a 10).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la vinculación del régimen pensional efectuado es válida, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión de acuerdo a lo que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional. Mencionó que solo hasta la expedición del Decreto 255 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace solo a partir del Decreto 2071 de 2015 y que el accionante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP. Agregó que si bien existía una obligación para las Administradoras del Sistema General de Pensiones de entregar información a quienes se pretendan vincular, esa información era necesaria, veraz y suficiente, por lo tanto, no había obligación de brindar una asesoría de dar buen consejo incluso para desincentivar la afiliación ni mucho menos una doble asesoría y que no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación. Además de ello, se encuentra válidamente afiliado al RAIS, y que no es viable alegar después de 21 años su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPMPD, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y teniendo la posibilidad de trasladarse resolvió continuar con el mismo realizando sus aportes. Adujo que no

hay lugar al traslado de aportes a Colpensiones, por cuanto la afiliación al RAIS cuenta con validez y que es claro que la devolución de gastos es improcedente porque en atención al tiempo en el que estuvo afiliado PORVENIR S.A. no solo aceptó los aportes realizados sino que se administró de manera efectiva y que pretender la devolución de los gastos y rendimientos generaría un pago de lo no debido y enriquecimiento sin causa. Finalmente, aclaró que la solicitud de devolución de los rendimientos financieros obtenidos en el RAIS desborda los efectos de la ineficacia dado que su consecuencia es declarar que el negocio jurídico no ha sido celebrado y que en caso de que se accediera a declarar la ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración y demás dejaría al accionante en una situación más favorable a la que tendría de haber pertenecido al RPMPD dado que recibiría dineros que no se generaron en ese régimen pensional. Formuló como excepciones de fondo las 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» (Expediente Digital 10.CONTESTACIÓN PORVENIR (folio 142 a 208). Págs. 2 a 28).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 22 de septiembre de 2021, declaró *la ineficacia del traslado* que realizó el señor FRANCISCO JAVIER AMORTEGUI GIL al RAIS realizado el 1 de noviembre de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. Declaró válida la vinculación del accionante al RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en el RAIS, dineros debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado a COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia al RAIS y una vez ingrese los dineros a actualizar su información en la historia laboral. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Expediente Digital 14. 2020-00311 Sentencia declara ineficacia, concede recurso de apelación - folio 291 a 293.)

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, aludió inicialmente a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral en torno la garantía de la libertad informada y el hecho de que los fondos de pensiones no pueden sustentar la falta de información al momento de la creación o con posterioridad con decir que no contaban con la obligación de informar lo que le era exigible a dichos fondos de

pensiones; y que es deber de las AFP demostrar que no hubo ninguna irregularidad al momento de brindar la información y por lo tanto tienen la carga de la prueba de proveer a los jueces de todos los medios suficientes que permitan concluir que al momento del traslado el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado de manera libre y voluntaria. En ese sentido, expuso que el traslado al RAIS se encuentra probado con el formulario de afiliación, sin embargo, estimó, que ello no era suficiente para demostrar la existencia del traslado sino que se imponía la verificación de que se produjo bajo el presupuesto de la libre información, de suerte que le correspondía la carga de la prueba al fondo de pensiones de acreditar que cumplió con dicho presupuesto, lo cual no fue demostrado, existiendo una falta directa al deber de información por parte de Porvenir al no demostrar la información de forma completa que se le tiene que dar al afiliado al momento de la suscripción del formulario y que el hecho que repose en el documento donde el accionante exprese que la afiliación es libre, espontánea y sin presiones del afiliado no era suficiente para acreditar la información que tenía el fondo de pensiones con el nuevo afiliado. Concluyó indicando que al accionante se le entregó información, pero esta fue parcial porque de acuerdo con su dicho, únicamente se le mencionaron temas de beneficios, pero no se le mencionaron los temas de dificultades de pensión que tenía en dicho régimen, las diferentes modalidades de pensión, las modalidades que existían en el RPMPD, concluyendo así que era procedente declarar la ineficacia porque la información debió ser completa y no parcializada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión para que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que, respecto a la declaratoria de ineficacia, esta vinculación fue válida y eficaz, donde el accionante se vinculó para 1999 con Porvenir firmando para ello el formulario de afiliación al cual era el único documento que se requería a la fecha para ser válidamente vinculante la afiliación en el sistema general de afiliaciones o un traslado de régimen pensional. Adujo que el deber de información, ha existido desde los inicios de las administradoras, reconocido por Porvenir, dicho deber ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial que ha sido de manera progresiva las exigencias impuestas a las administradoras, sin embargo, consideró que no se realizó la debida interpretación de la norma, pues para ese momento histórico en que el accionante ejerció su derecho a la libre elección conforme a la ley 100 de 1993, determina que deben señalarse las características del régimen pero enfocado a pedir la coacción de la libre escogencia del régimen pensional por lo que insistió en que las obligaciones del buen

consejo o realizar comparaciones de los regímenes nacen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante y no pueden ser exigidos esos deberes para el año de 1999, en ese año se dio cumplimiento al deber de información exigido para la época, se le realizó la asesoría de manera verbal donde el potencial afiliado escuchó los aspectos y si era de su interés firmaba el formulario de afiliación. Por ello, por haber existido el acto jurídico que versó por la suscripción del accionante, solicitó respetar la voluntad de las partes y que se le dé el valor probatorio que merece el documento, prueba que demuestre el cumplimiento de los requisitos para el momento y la voluntad expresa del afiliado donde entendía que ese acto era vital para su futuro pensional y se sometía a las condiciones del RAIS que pudiera tener para dicho momento o cualquier cambio que pudiera tener este régimen el tiempo que el actor permaneciera en el fondo privado. Menciono que el juez de primera instancia menciona que no se logró probar la debida asesoría, que Porvenir no acreditó las pruebas para demostrar la asesoría conforme a los parámetros que ha señalado la CSJ, pero insiste que para 1999, no estaba regulado en ese momento, el deber de información se ha aumentado y se ha exigido a lo largo de los años y no tiene sentido que se exija a las administradoras para la época de 1999 el cumplimiento del deber de información cuando en ese momento era precario y estaba en una primera fase de ese deber. Seguido de ello, arguyó haber quedado claro que la ineficacia que se pretendió desde la demanda no es por esa presunta falta en el deber de información sino la inconformidad que tiene el accionante con lo concerniente en la mesada pensional, como lo señaló en el interrogatorio y también como lo mencionó en los alegatos e insiste que no fue suficiente para determinar la ineficacia recordando que para la época no era posible saber si el actor iba a obtener la mesada pensional, también que el régimen pensional se creó con la ley 100 de 1993, con unas condiciones de financiación que son distintas al RPMPM y por esas condiciones no significa que porque la persona no está de acuerdo con la mesada pensional o con el valor que pueda obtener del RAIS entonces se pretenda declarar la ineficacia del traslado por esa información indicando que para ese momento la información era de manera verbal donde se explicaban las características del régimen y la persona decidía si quería estar o no y no existió fuerza para el accionante donde en ese momento el mismo quiso firmar el formulario y quiso permanecer en el régimen, además de ello seguir cotizando en el régimen. Expuso que en el 1999 no se sabía el valor de la mesada pensional que podía obtener el accionante cuando le faltaban más de 20 años para ello y también se desconocía la cantidad de cotizaciones que iba a obtener, la tasa que se iba a usar para el momento que se hiciera efectivo el reconocimiento pensional, por lo que insiste que no es justo que por haber un reemplazo de los regímenes entonces los

fondos incumplen con su deber de información cuando eso no depende de las Administradoras sino de la normatividad vigente para el momento en que se haga efectivo el hecho de que se alegue y se demande pretendiendo una ineficacia por la presunta falta del deber de información cuando en realidad es la mesada pensional y se concede el tipo de ineficacia desconociendo lo dispuesto en la ley 100 de 1993, de la creación de los fondos privados y las condiciones de financiación que tienen estos fondos; respecto a la condena a devolver los gastos destinados a administración, consideró que en virtud de las restituciones mutuas, resulta contradictorio este tipo de condena, por cuanto se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional y por lo tanto se pierden los efectos del traslado y por esa situación se condena a los fondos a devolver los conceptos de gastos de gastos de administración y sumas de la aseguradora, sin embargo, se pudiera dejar sin efectos el acto jurídico del traslado, claramente el actor no tendría derecho a retornar con los rendimientos generados por las gestiones realizadas porque ha sido por cumplimiento de un deber legal por lo que es contradictorio e injusto el trato que se le da a los conceptos productos de la afiliación al RAIS, dado a ello, adujo que se encuentran ante una circunstancias que desconoce la igualdad y los efectos de la declaratoria de ineficacia. Aunado a ello, mencionó el artículo 20 de la ley 100 de 1993 donde se establecen cuáles son los aportes y a que están destinados, en ese sentido si Porvenir hizo una deducción por gastos de administración, sumas previsionales para la garantía de pensión mínima durante el tiempo de vinculación del actor, se cumplieron con los presupuestos legales donde se vio reflejado en los rendimientos del accionante. Consideró que sí tiene derecho a conservar los gastos de administración, por cuanto cumplieron su labor, Porvenir hizo su buena gestión y que por lo menos debe guardarlos o tenerlos en su poder. Solicitó en primera medida revocar de manera integral lo dispuesto o en caso de confirmarse absolver de la condena a devolver gastos de administración.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de concusión, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en similares términos a los expresados en la alzada y contestación de la demanda respectivamente, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. La parte demandante solicitó que se confirme.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 31 del archivo «02.DEMANDA Y ANEXOS (folio 2 a 90)», obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 16 de junio de 1959, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

petición dirigida a COLPENSIONES el 17 de marzo de 2020 (pág. 39), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 517 semanas al servicio de la Universidad Nacional de Colombia y Ministerio de Educación Nacional junto con lo cotizado en el ISS (Págs. 55 a 82), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de septiembre de 1999, según información registrada en el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Pág. 52).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las

AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (14 de septiembre de 1999), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado,

dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y

la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».*

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

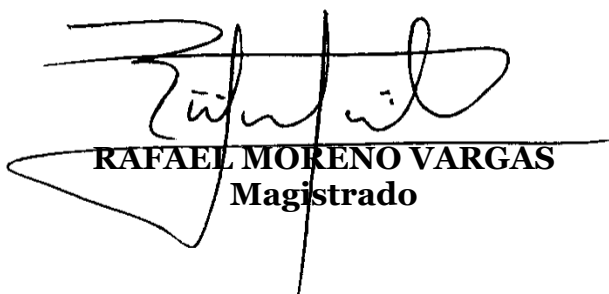
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

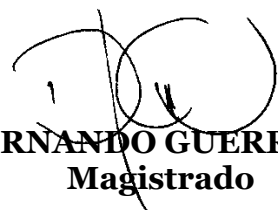
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

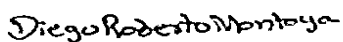
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANGELA MARIA GIRALDO ARROYAVE contra COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN. Rad. 110013105-012-2020-00477-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada AFP PROTECCIÓN contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ANGELA MARIA GIRALDO ARROYAVE** promovió demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado con AFP PROTECCION S.A. por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente, al no conocer los riesgos y consecuencias del traslado, además de ello, se declare que no se le informó sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo. En consecuencia, se ordene y se condene a PROTECCION trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES quien deberá recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD y el traslado de todos sus aportes. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, así como a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 18 de febrero de 1969 e inició a pagar aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS desde el 21 de diciembre de 1988, resaltó que suscribió formulario de afiliación con PROTECCION trasladándose desde el RPMPD. Manifestó que PROTECCION no le informó sobre las características, condiciones, diferencias y desventajas frente al RPMPD, que al momento de su afiliación omitió brindarle la información suficiente, adecuada y completa acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, sin que pudiera tener un comparativo de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen. Aseguró que el fondo privado no le informó que podría retornar al RPMPD cuando le faltaren diez años o más para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho pensional. Informó que el 17 de noviembre de 2020 se radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES en la que solicitó la nulidad del traslado a la AFP y reactivación de la afiliación al RPMPD desde la fecha del traslado. Añadió que el 08 de septiembre de 2020 mediante derecho de petición solicitó a PROTECCION la totalidad de los soportes relativos al proceso de su asesoría y afiliación donde no recibió contestación por parte de la misma. Finalmente, arguyó que el 19 de noviembre de 2020, COLPENSIONES allegó comunicación en respuesta a la solicitud de nulidad de traslado indicando que ello no era viable conforme a la Ley 100 de 1993 y la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia. (Expediente Digital 001. DEMANADA Y ANEXOS (82FL) folios 1 a 82. (Págs. 1 a 18.))

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la parte actora no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de efectuar el traslado de régimen, cumpliendo con todos los requisitos legales y representó el derecho a la libre escogencia de régimen. Señaló que la demandante suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación al fondo privado, autorizando que aquel administrara sus aportes, aunado a que, tal documento no fue tachado de falso, ni se demostró su ilegalidad; adujo que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños desvirtuándose cualquier vicio del consentimiento. Indicó que no hay una causal legal que exprese que se autorice la devolución de la accionante a COLPENSIONES y de devolver el monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, adicionalmente los aportes que se encuentran acreditados deberán hacer parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS. Además de ello, añadió que la accionante se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión

establecido por lo que no se puede regresar a dicho régimen. 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», «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» e «innominada o genérica». (Expediente Digital 007. CONTESTACION PROTECCION folios 179 a 242 (Págs. 3 a 21)).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal fin que, la afiliación de la actora fue exenta de vicios en el consentimiento y libre de coacción, por lo que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y espontánea a través de un contrato, creando derechos y obligaciones en cabeza de las partes. Aseveró que respetó el derecho de libre escogencia del régimen de la actora conforme con la Ley 100 de 1993, de allí que firmó el formulario de afiliación, dando paso a un acto válido y existente. Señaló que se encuentran excedidos los 10 años al cumplimiento de la edad como lo describe el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo, formuló las 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», «declaratoria de otras excepciones» (Expediente Digital 008. CONTESTACION COLPENSIONES folios 243 a 275. (Págs. 2 a 13)).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 14 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado al RAIS materializado el 01 de marzo de 1997 a través de PROTECCION, en consecuencia, declaró válidamente vinculada a la accionante al RPMPD, condenó a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, incluidos los

cobrados por COLMENA, dineros debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCION S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la accionante al RAIS y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. Condenó en costas a PROTECCION.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la CSJ SL, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se buscó afianzar a través del Sistema General de Pensiones el derecho a la seguridad social para las contingencias de vejez, invalidez y muerte y que coexistieran los regímenes sociales. Mencionó que se debe ejercer una adecuada asesoría al momento de escoger el régimen pensional respecto de los afiliados o potenciales afiliados porque de ello depende que el afiliado escoja el régimen más conveniente para su fin, además de ello, se debe garantizar que esa decisión sea de manera libre, voluntaria, autónoma y consciente tal y como lo dispone el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 con el fin de que tenga la plena certeza de que los documentos suscritos y que dicha decisión sea realizada a través del presupuesto de la libertad informada. Señaló que la CSJ SL, ha reiterado las obligaciones que recaen sobre los fondos administradores del RAIS para efectos de que se pueda dar por válida la afiliación o traslado de los afiliados a dicho régimen pensional; precisó que los fondos pensionales deben dar la información necesaria y suficiente para efecto de los traslados y de la afiliación, advirtió que los fondos de pensiones no pueden explicar la falta de información con el argumento de que al momento de su creación no contaban con la obligación legal de suministrar la información. Manifestó que la Corte ha indicado que es deber de las AFP y carga de la prueba demostrar a través de cualquier medio probatorio que al momento de brindar dicha información a la afiliada no hubo ninguna irregularidad y que la afiliada contaba con todos los elementos de juicio para efectuar la afiliación o traslado de manera libre y voluntaria. Manifestó que, el argumento de la accionante en lo referente a la falta de información al momento de su asesoría para la afiliación se encontró acreditado en la vinculación por parte de PROTECCION y. Preciso que la verificación de la validez de la afiliación al RAIS se debe realizar frente a la vinculación del primer fondo administrador dado que al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional todos los traslados horizontales realizados por el afiliado en el RAIS pueden quedar sin efecto. No obstante, encontró acreditado que la accionante realizó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, donde evidentemente realizó afiliación a COLMENA hoy PROTECCION el 28 de enero de 1998 y PROTECCION el 25 de octubre de 1999, donde actualmente se encuentran sus aportes pensionales. Finalmente, expuso que si no se probó el presupuesto de la libertad informada en la

afiliación de la accionante en 1997, es evidente que es ineficaz la afiliación a PROTECCION por faltarse al deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandada **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación parcial, argumentando que las deducciones de los gastos de la cuenta de ahorro individual al RPMPD fueron realizados teniendo en cuenta las disposiciones legales, validas, vigentes aplicables actualmente contenidas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, agregó que estas se tratan de comisiones ya causadas a terceros de buena fe. Mencionó que la cuenta de ahorro individual de la accionante ha sido administrada de forma correcta y oportuna y PROTECCIÓN ha puesto de todo su conocimiento técnico, experiencia y profesionales con los que cuenta para que la cuenta de ahorro individual tenga unos rendimientos significativos durante su afiliación a la AFP, rendimientos que se pueden observar en el acervo probatorio. Consideró justo poder conservar los gastos de administración deducidos de la cuenta de ahorro individual, sin desconocer la declaratoria de ineficacia y las consecuencias del traslado de retrotraer las actuaciones a su estado inicial; expresó que, hay una realidad fáctica y es que existe la cuenta de ahorro individual que ha sido administrada por más de 20 años por parte de PROTECCIÓN S.A. y ha generado unos rendimientos significativos, por lo que no considera posible devolver los gastos de administración por concepto de los mismos a una entidad que no ha administrado la cuenta. Añadió que devolver los dineros genera un detrimento patrimonial en su contra y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Por último, añadió que la accionante no ha sufrido ningún detrimento en la cuenta de ahorro individual y por el contrario se reportan rendimientos significativos y en ese sentido pidió no ser decretada la devolución de los gastos de administración al RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se confirme parcialmente la sentencia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 19 del archivo digital «Exp. Digital. 001. DEMANADA Y ANEXOS (82FL) folios 1 a 82» obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

se registra como fecha de nacimiento el 18 de febrero de 1969, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del 2026, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES el 08 de septiembre de 2020 (Exp. Digital: 001. DEMANADA Y ANEXOS (82FL) folios 1 a 82, págs.71 y 72), es decir, cuando estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 199 semanas de cotización (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1953-20210406090255), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de enero de 1997 (Exp. Digital: 007. CONTESTACION PROTECCION folios 179 a 242, págs. 39), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de las sentencias referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las

AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: 007. CONTESTACION PROTECCION folios 179 a 242, pág. 39), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCION S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron

acreditados por la demandada AFP PROTECCION S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado la información requerida en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (17 de enero de 1997), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En el contexto de la afiliación al RAIS así verificada, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues

basta con señalar en este punto, que no se está invalidando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio del RPM al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, y como ya se indicó, con todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

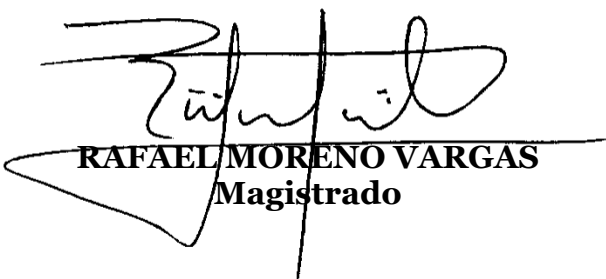
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

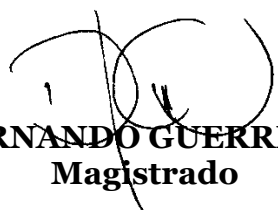
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

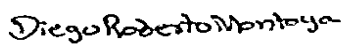
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LILIANA LÓPEZ ZAPATA contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-017-2019-00665-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de septiembre de 2021. Así mismo se surtirá el Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **LILIANA LÓPEZ ZAPATA** promovió demanda ordinario laboral con la finalidad que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó el día 17 de julio de 1995, mediante la AFP PORVENIR S.A., así como los traslados horizontales que realizó ante las AFP PROTECCIÓN y SKANDIA, toda vez que en la etapa precontractual no recibió una información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y de las desventajas de cada uno de los regímenes. En consecuencia, se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado. Finalmente, se condene a las demandas al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias de derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 30 de marzo de 1967 y realizó su traslado del RPMPD al RAIS, a través de la AFP Porvenir, el día 17 de julio de 1995, no obstante, el funcionario del fondo privado no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, pues sólo le relató los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional. Explicó que en mayo de 2005 se vinculó a la AFP Porvenir, luego el 06 de marzo de 2006 se afilió a la AFP Skandia, posteriormente, acudió a la AFP Protección y finalmente en junio de 2013 decidió regresar a la AFP Skandia. Señaló que la AFP Skandia proyectó que, bajo la modalidad de retiro programado, su mesada pensional sería de \$5.053.175, mientras que en el RPMPD administrado por Colpensiones ascendería a \$8.532.571. Agregó que el día 04 de febrero de 2019 presentó reclamación administrativa solicitando la nulidad de los traslados efectuados a las AFP Porvenir, Protección y Skandia, no obstante, Colpensiones negó su pedimento (Expediente digital: 2019-665.pdf, págs. 04 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la actora goza de plena validez, toda vez que se realizó de conformidad con los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación. Afirmó que los distintos traslados de AFP realizados por la actora, no presentan irregularidad alguna que pueda predicar la ineficacia del traslado, dado que fue la manifestación de un acto voluntario que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades, ratificado mediante el formulario de afiliación suscrito por las partes. Propuso como excepciones las de «Prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Buena fe», y «Genérica» (Expediente digital: 2019-665.pdf, págs. 125 a 134).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la parte actora no probó la existencia de error, fuerza o dolo en su traslado de régimen. Expresó que la demandante solicitó el traslado de manera voluntaria y por ello, suscribió los formularios de afiliación a la AFP's Protección, Porvenir y Old Mutual S.A. Aseguró que la actora solicitó el traslado de régimen cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003. Resaltó que la demandante no contaba con una expectativa legítima

de pensionarse con una norma anterior a la Ley 100 de 1993, aunado a que, aquella tenía deberes a su cargo, incluyendo el de informarse sobre el contrato que estaba firmando. Agregó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto, contrario sensu, permaneció más de 24 años afiliada al RAIS, sin manifestar su inconformidad. Presentó como excepciones de fondo las de «Inexistencia del derecho y de la obligación», «Excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «Innominada o genérica». (Expediente digital: 2019-665.pdf, págs. 149 a 168).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante se materializó después de una asesoría amplia, suficiente y eficaz que le permitió determinar su elección de manera libre y espontánea, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Recordó que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPMPD como en el RAIS, están establecidas en la ley, por lo que no se pueden pactar condiciones diferentes. Preciso que siempre le garantizó a la actora su derecho de retracto, ya que el 14 de enero de 2004 publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes. Indicó que la accionante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación», «Compensación» y «Excepción genérica». (Expediente digital: 2019-665.pdf., págs. 242 a 262).

Por último, la **AFP PROTECCIÓN** contestó la demanda, con oposición a las pretensiones, manifestando que la afiliación de la demandante es un acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, generando derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Mencionó que explicó a la demandante las diferencias entre ambos regímenes, sin que sea posible hablar de ventajas o desventajas, pues ello depende de las condiciones propias de cada afiliado, en consecuencia, la accionante de forma voluntaria y consciente suscribió el formulario de afiliación. Recalcó que se puede reputar la inexistencia del acto jurídico cuando falte uno de los elementos esenciales, lo cual no ocurrió en la afiliación de la demandante. Aseveró que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS, no deviene en ineficaz la afiliación, toda vez que dicha fórmula está consagrada legalmente. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que

consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir con la edad límite de pensión. Propuso 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 del sistema general de pensiones», «Innominada o genérica», «Inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa» e «Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS». (Expediente digital: 2019-665.pdf., págs. 274 a 292).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS, a través de Porvenir S.A. En ese orden, ordenó a la AFP Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, incluyendo cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros de otras AFP'S, frutos e intereses sin efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración. Igualmente, ordenó a Porvenir y a Skandia S.A., devolver los gastos de administración que descontaron a la demandante. Finalmente, ordenó a Colpensiones recibir los fondos que trasladen las AFP, los cuales deberán ser contabilizados en la historia laboral de la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la obligación de brindar la asesoría pensional se encuentra consagrada desde la expedición de la Ley 100 de 1993, obligación que se vio ratificada por el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Consideró que no se acreditó que al momento del traslado, la demandante haya recibido la información clara y suficiente para ilustrarla sobre las condiciones y características del RAIS, pese a que el fondo privado tenía un deber especial de manifestar cómo el traslado afectaría su derecho pensional, teniendo en cuenta que para esa data reunía un número importante de semanas. Aclaró que el formulario de afiliación sólo contiene datos generales de la demandante, sin que se deduzca de su contenido que la AFP haya cumplido con su deber de información. Manifestó que los traslados horizontales efectuados por la accionante fueron motivados por los asesores que le ofrecían mejores rendimientos, no porque haya recibido una información suficiente. En ese orden, concluyó que se incurrió en una omisión en

el deber de información, lo que deriva en la ineficacia del traslado, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que para aplicar el precedente jurisprudencial deben analizarse las circunstancias de cada caso, incluyendo el hecho de que al momento del traslado no existía la obligación de presentar documentos adicionales al formato de afiliación, para demostrar la voluntad del afiliado. Afirmó que el cambio de régimen de la demandante fue ratificado con los traslados que efectuó a las otras AFP, así como el pago de aportes durante más de 20 años en el RAIS. Arguyó que carece de coherencia decir que las cosas se retrotraen a su estado inicial, ordenando la devolución de rendimientos, frutos e intereses, pues se trasgrede el principio de inescindibilidad de la norma, toda vez que se estaría fragmentando la ley para aplicar sólo lo favorable al afiliado. Arguyó que, con la devolución de los gastos de administración, se desconoce la gestión que realizó para incrementar el capital de la accionante. Afirmó que es extraño que la demandante sólo tras observar que su mesada no está acorde con sus aspiraciones económicas, arguye haber sido engañadas. Mencionó que los gastos de administración son descuentos autorizados en ambos regímenes, aunado a que, son prescriptibles porque no están llamados a financiar la pensión de vejez, tal como sucede con las primas de seguro u otras sumas. Recordó que la imprescriptibilidad es una característica de que la que goza sólo el derecho pensional y aun así es dable declarar prescritas las mesadas que no son cobradas a tiempo, razón mayor para hallar prescritos los gastos de administración y primas de seguro.

La apoderada judicial de **SKANDIA S.A.** interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la devolución de los gastos de administración, arguyendo que el Decreto 3995 del año 2008, regula de manera específica, cuáles son los emolumentos que deben ser trasladados desde el RAIS al RPMPD, norma en la que no se incluyen los gastos de administración, posición que ha sido ratificada por la Superintendencia Financiera en varios conceptos, pues al declarar la ineficacia de la afiliación sólo procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Manifestó que los gastos de administración no se encuentran a disposición del fondo, toda vez que en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, destinó una parte al pago de los seguros de

invalidez y sobrevivencia de la demandante, por lo que tendría que sufragar esos gastos de su propio patrimonio, causando un perjuicio financiero al RAIS. Agregó que se debe tener en cuenta que el artículo 964 del Código Civil indica que el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos, por ende, no procede la devolución de los gastos de administración porque fueron recibidas en virtud de un mandato legal.

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación contra la devolución de los gastos de administración, fondo de solidaridad pensional y prima de seguros previsionales. Para el efecto argumentó que dichos emolumentos no hacen parte del patrimonio del fondo, sino que para su reintegro se requiere la participación de terceros que no fueron partícipes de la Litis. Manifestó que aquellos rubros fueron descontados en cumplimiento del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, los cuales se causan a favor de las administradoras de ambos regímenes pensionales, por lo que persistir en su traslado es semejante a una condena en perjuicios, los cuales no fueron discutidos, ni probados dentro del proceso. Argumentó que se debe tener en cuenta la teoría de los actos de relacionamiento, frente a las re asesorías brindadas por a la accionante durante el tiempo que estuvo vinculada, dado que la entidad respondió cada vez que aquella requería información sobre su situación pensional. Solicitó que se revoque la sentencia, no obstante, en caso de ser confirmada, se debe evaluar que la entidad sólo puede devolver los aportes y rendimientos financieros de la demandante, rubros que fueron administrados de buena fe y de acuerdo a los principios del Sistema General de Pensiones.

Finalmente, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, señalando que se debe tener en cuenta que el deber de información ha tenido varias etapas, por lo que, el análisis de la información suministrada a la demandante debe ser valorada bajo la normatividad vigente al momento de la afiliación, es decir, cuando sólo se exigía la suscripción del formulario. Aseveró que exigir a las AFP's el cumplimiento de obligaciones diferentes a las vigentes al momento del traslado, es violar el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el debido proceso. Aclaró que los traslados horizontales realizados por la demandante dan cuenta de su deseo de permanecer en el RAIS, los cuales pueden ser tomados como actos de relacionamiento de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Afirmó que no es dable ordenar el traslado de la demandante, aun cuando lleva más de 20 años afiliada al RAIS, donde pagó sus aportes. Aclaró que se debe tener en cuenta que este

tipo de decisiones afectan la economía y sostenibilidad financiera del RPMPD. Finalmente solicitó ser absuelta de todas las condenas, incluida el pago de costas y agencias en derecho, toda vez que obra como un tercero de buena fe respecto de la decisión libre y voluntaria de la demandante de trasladarse al RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas Protección, Porvenir y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora alegó de conclusión solicitando se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Al expediente digital se aportó copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (2019-665, pág. 12), donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de marzo de 1967, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES, el 04 de febrero de 2019 (2019-665, pág. 19), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 455.71 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1663-20191125031030) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de julio de 1995 (Exp. Digital: 2019-665, pág. 14), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las

modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección,

advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 17 de julio de 1995, (Exp. Digital: 2019-665, pág. 14), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A., Desde luego que en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (17 de julio de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de

administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En este orden de ideas, en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los gastos de administración han de ser remitidos a COLPENSIONES, junto con los respectivos rendimientos y/o frutos generados en el RAIS, máxime cuando recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía

suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

«[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar a los recurrentes que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido incluida la Administradora del RPMPD recurrente en este puntualísimo aspecto, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, tal como se ordenó en la sentencia.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

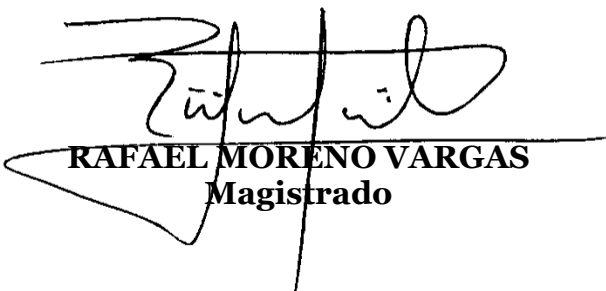
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA PATRICIA MEDELLÍN TORRES contra la ADMISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad 110013105-019-2019-00707-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 1º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA PATRICIA MEDELLÍN TORRES** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad que se declare la nulidad/rescisión de la afiliación por traslado realizado el 09 de marzo de 2000 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMD, administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por Colfondos S.A. Se declare que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que le permite ser beneficiaria del régimen de transición, así mismo, le asiste el derecho a la reliquidación y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 aplicable por cumplir con los requisitos del régimen de transición. Peticionó que se condene a Colpensiones a pagar el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde el 26 de diciembre de 2007 de manera indexada hasta la fecha en que se efectúe el ingreso en la nómina de pensionados a la accionada, de

igual manera se condene a Colfondos S.A. a que si no lo ha hecho, trasladar la totalidad de los saldos de capital que existieran a su favor junto con los rendimientos indexados, frutos e intereses, los valores correspondientes a gastos de administración como aportes o semanas de cotización a Colpensiones. Que en caso de que no lo haya realizado, se condene a Colfondos S.A. a pagar a Colpensiones la diferencia que pudiere llegarse a dar entre aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media. Finalmente, solicitó que se condene a Colpensiones al pago de intereses moratorios y/o sanción moratoria o subsidiariamente a la indexación de las sumas que se causen y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho. Por último, se condene a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 26 de diciembre de 1952 y cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2007. Comenzó su vida laboral a los 24 años de edad, siendo afiliada por su empleador el 17 de abril de 1977 al ISS, hoy sustituido por Colpensiones. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, al 01 de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, realizó traslado de régimen con destino al fondo a Colfondos S.A. mediante formulario de afiliación de fecha 09 de marzo de 2000, siendo el primer aporte a dicho fondo para el mes de abril de 2000. Al momento del traslado de régimen de parte de Colfondos S.A., la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. La decisión de traslado de régimen obedeció a que el funcionario/asesor de la demandada Colfondos S.A. omitió su deber de información y la indujo a firmar bajo el argumento que al afiliarse al fondo Colfondos S.A. tendría un valor de pensión de un monto mayor por cuanto las cotizaciones que realizara tendrían rentabilidad, su pensión se concedería en favor de sus sucesores y podría pensionarse a una edad inferior a la que exigía el entonces ISS. Al momento de realizar la asesoría, el funcionario de Colfondos S.A. no le informó que el cambio de régimen pensional implicaba la pérdida del régimen de transición. A la fecha de traslado de régimen, había cotizado 501 semanas de aportes al entonces ISS. Mediante fallo de tutela del 29 de noviembre de 2010 y bajo radicado No. 2010-00842, el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá revocó la decisión de primera instancia tutelando los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y ordenó el traslado de Colfondos S.A. al ISS. El día 10 de diciembre de 2010 Colfondos S.A. trasladó al ISS el saldo de la cuenta en razón al traslado de régimen pensional ordenado en el fallo de tutela, fue trasladada efectivamente al ISS el día 01 de febrero de 2011. A través de formato de solicitud de

prestaciones sociales radicado el 27 de diciembre de 2013, solicitó el reconocimiento de la prestación de vejez, mediante resolución del 11 de junio de 2014, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez en consideración a que al efectuar el traslado al RAIS y luego regresar al ISS no conservó el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tampoco cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de vejez. Mediante las resoluciones de 21 de septiembre de 2014 y de 09 de marzo de 2015, Colpensiones resolvió los recursos de reposición y en subsidio de apelación confirmando en todas sus partes la resolución del 11 de junio de 2014. Por medio de la resolución del 12 de mayo de 2017, Colpensiones reconoció una pensión de vejez de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 de 2003, basado en una tasa de reemplazo del 63.12 para obtener así una mesada en cuantía de \$2.214.707, a partir del 01 de mayo de 2017. Mediante reclamación administrativa presentada el día 12 de octubre de 2018, a través de apoderado judicial solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 aplicable por ser beneficiaria del régimen de transición y el cumplimiento integral del fallo de tutela de 29 de noviembre de 2010. A través de resolución del 10 de mayo de 2019 Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 aplicable por ser beneficiaria del régimen de transición y el cumplimiento integral del fallo de tutela de 29 de noviembre de 2010. A través de la resolución del 10 de mayo de 2019, Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de vejez y el cumplimiento integral del fallo, en razón a que perdió su derecho al régimen de transición por trasladarse al Régimen de Ahorro Individual. El día 24 de mayo de 2019, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la resolución del 10 de mayo de 2019 por considerar que Colpensiones no dio cumplimiento integral a lo ordenado en el fallo de tutela de 29 de noviembre de 2010 proferida por el juzgado 26 Civil del Circuito, ni existió libertad de escogencia al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Mediante las resoluciones de 14 de junio de 2019 y de 22 de julio de 2019, confirmaron en todas sus partes la resolución del 10 de mayo de 2019. A través de petición de 12 de agosto de 2019, solicitó a Colfondos S.A. la anulación del traslado de régimen realizado mediante formulario de afiliación de fecha 09 de marzo de 2000. El día 9 de septiembre de 2019, a través de comunicado de Colfondos S.A. negó la anulación de la afiliación a ese fondo de pensión, en razón a que al momento de brindar la asesoría verbal se suscribió formulario en el cual se dejó constancia expresa de haber adoptado la determinación de vincularse (Expediente digital: 01. expediente 19-2019-00707, Fl. 08 a 23).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante argumentando que la demandante no estaba amparada por el régimen de transición contando con 708 semanas cotizadas a 1 de abril de 1994, es decir, que no acreditaba los 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, razón por la cual no conservó el régimen de transición. Aunado a lo anterior, para la conservación del régimen de transición en los casos de traslado del RAIS al RPMPD, se debe observar lo establecido en sentencia C-789 de 2002, en concordancia con el Decreto 692 de 1994, el Decreto 3995 de 2008, y especialmente la sentencia SU-062 de 2010. De igual forma dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Finalmente, se opuso a que se condene a Colpensiones a la reliquidación y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 aplicable por cumplir con los requisitos del régimen de transición (artículo 36 de la ley 100 de 1993). Propuso como excepciones las de «descapitalización del sistema pensional», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «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» e «innominada o genérica» (Expediente digital: 01. expediente 19-2019-00707, Fl. 310 a 341).

A su turno, **COLFONDOS S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas argumentando para tal efecto que se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, como quiera que la misma se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de Colfondos brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS

y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Por lo anterior, no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la señora accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el consentimiento. De otro lado, no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP COLFONDOS S.A. pues la parte demandante dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades o volver al RPMPD, no lo hizo. Es importante hacer énfasis en que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado que pretende la demandante porque en ningún momento se vulneró su derecho pensional puesto que el actor puede obtener una pensión de vejez en el RAIS, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley. La declaración de nulidad busca proteger intereses que resultan vulnerados por no cumplirse las prescripciones legales al celebrarse un acto jurídico o dictarse una norma judicial. Ahora bien, en cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante no especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esta administradora, si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem, no produce vicio del consentimiento. Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el Artículo 1510 del mismo estatuto civil, sólo vicia el consentimiento cuando se erra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por la parte demandante y Colfondos S.A. ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al RAIS. Como quiera que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que la afiliada tampoco sería beneficiaria del régimen de transición, tal y como lo advierte el artículo 36 de la Ley 100 de 1993: “Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”. Lo anterior tiene su explicación lógica y es que precisamente el no poder aplicar una normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 a los fondos privados que administran el régimen de ahorro individual con solidaridad. De igual manera, la demandante no tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición porque no contaba con 15 o más años de servicios al 1º de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas ya que no cumple las condiciones señaladas

en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 y el artículo 12 del Decreto 3995 de 2008, así como el acto legislativo 01 de 2005, y como se dijo, según los lineamientos trazados por las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en conclusión en el presente caso no puede ordenarse el traslado automático al RPMPD, trayendo a colación el precedente jurisprudencial de la sentencia de unificación SU-062 de 2010 de la H. Corte Constitucional. Teniendo en cuenta que esta entidad trasladó todos los aportes de la demandante con destino a Colpensiones, en el año 2011, con base al fallo de tutela y se debe resaltar la CAI de la demandante en Colfondos S.A. se encuentra inactiva y en ceros, por lo que esta entidad no adeuda suma alguna a la demandante y como quiera que el traslado o vinculación de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias que administra esta entidad se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos por cuanto la demandante, de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993, resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, decisión que fue tomada por la parte actora de manera libre, voluntaria, espontánea sin que mediara coacción, ni mucho menos existen vicios del consentimiento que afecten el acto. Por lo anterior, no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación contiene la firma de la señora accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el consentimiento, no es procedente una condena al traslado de los gastos de administración. Los descuentos por administración de régimen que se realizan a los afiliados no son invenciones de los fondos privados, se hacen porque la ley así lo prevé, por consiguiente, se debe tener presente que se seguirán haciendo los respectivos descuentos de administración en cualquiera de los regímenes establecidos por la ley pues es gracias a dichos descuentos que el afiliado puede cubrir el monto restante para financiar su pensión en los casos de invalidez o muerte. Finalmente, esta entidad siempre ha actuado con la buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica por mandato constitucional, en la relación de afiliación que lo vinculó con la hoy demandante. Presentó 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» y «compensación y pago» (Expediente digital: DVD FL 194 CONTESTACION COLFONDOS, Fl. 1 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021; declaró probada la excepción de cosa juzgada y por ende absolvió a Colpensiones y Colfondos de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda. Se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que en el presente asunto ya se ordenó el traslado de la demandante al régimen de prima media y además se encuentra en calidad de pensionada por parte de dicha entidad, encontrando la accionante inconformidad en este asunto es frente a la cuantía de la prestación, ya que según dice, era beneficiaria del régimen de transición lo que le permitía acceder a una prestación en una cuantía superior a la que viene devengando dada la tasa de reemplazo que le permite el Acuerdo 049 de 1990 la cual asciende a un porcentaje máximo de 90%, lo cual, advirtió, pretendía obtener por virtud del régimen de transición solicitando se declare la nulidad o rescisión de esa afiliación que realizó al RAIS, es decir, negarle efecto a ese traslado y en consecuencia ordenar el traslado al régimen en que inicialmente se encontraba tal como si nunca hubiese existido; sin embargo, halló evidente que en el presente asunto no hay lugar a verificar si existe ineficacia o nulidad del traslado y el consecuente traslado o vinculación al régimen de prima media junto con el reconocimiento de la pensión de vejez, porque ya existe un pronunciamiento judicial respecto de esta situación en sede de tutela por parte del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá que de forma definitiva resolvió la situación de traslado del régimen de la demandante, por lo que no era posible mediante la acción ordinaria examinar y entrar a definir sobre la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual y su consecuente traslado al régimen de prima media, ello pese a que el juez constitucional en su sentencia de tutela olvidó analizar sobre el otro requisito para ser beneficiario del régimen de transición haciendo referencia solo a la edad e indicando que, por virtud de la edad la demandante era beneficiaria del régimen de transición. Concluyó que ello era suficiente para concluir que ya hubo un pronunciamiento judicial que ordenó el traslado indicando que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, decisión que hace tránsito a cosa juzgada por lo que el proceso ordinario laboral no es el mecanismo idóneo para que ahora se realice un nuevo pronunciamiento sobre el tema de la transición, advirtiendo que la demandante cuenta con otros mecanismos para el cumplimiento de ese fallo en los términos que se dejaron plasmados en la acción de tutela como es el incidente de desacato.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandante presentó recurso de apelación argumentando que la juez de primera instancia se equivoca o erra al momento de sostener que en este caso existió cosa juzgada por cuanto como lo ha sostenido de manera coherente tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, para declarar la existencia de una cosa juzgada es necesario que exista identidad de las personas, identidad de la cosa pedida e identidad de la causa, en este caso en la acción de tutela y en el proceso ordinario que se está surtiendo en este momento, no existe identidad de la cosa pedida ni identidad de la causa por cuanto lo que se solicitó mediante la acción de tutela en el año 2010 que fue instaurada por mi representada en contra de Colfondos y Colpensiones fue en efecto el traslado de la actora desde Colfondos hacía Colpensiones y lo que aquí se está solicitando es precisamente la declaratoria, el dejar sin efectos un acto jurídico por haber faltado al deber de informar en debida forma a la accionante sobre las consecuencias jurídicas del traslado que estaba efectuando el 9 de marzo del año 2000, es decir, lo que aquí se pretende es diametralmente opuesto a lo que se pretendió y a lo que se solicitó mediante la acción de tutela que era el amparo del derecho fundamental a la seguridad social y en virtud del mismo se declara entonces que conservaba el régimen de transición. No obstante, en este caso lo que se solicita dentro del marco de este proceso judicial ordinario es la declaratoria de la ineficacia por el incumplimiento del deber de informar en debida forma a la accionante lo que hace también que no exista identidad en la causa de lo que se está solicitando, pues se insiste en que la causa es totalmente distinta, en ese momento se manejaba en la Corte Constitucional, actualmente aún se hace un criterio relacionado con la posibilidad entonces de conservar el régimen de transición de las personas que se encontraban en cierta edad, entre los 35 años en caso de mujeres y a 40 en el de los hombres a la entrada en vigencia de la Ley 100 y el cumplimiento de las 750 semanas o 15 años de servicios que es lo mismo a la entrada en vigencia de la Ley 100 que entiende la señora juez; que por el hecho entonces de haber sido argumentado tanto en esa instancia como en este proceso, es el mismo argumento en defensa entonces de Colfondos y de Colpensiones porque lo hacen también a instancia de este proceso judicial pues entonces también existe identidad en la causa, identidad en la cosa pedida, no obstante reiteró que dentro de este proceso judicial lo que se solicita es que se realice un análisis relacionado con el incumplimiento por parte de Colfondos del deber de brindar información veraz, completa y suficiente a la actora al momento del traslado y que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, es decir, no es otra cosa que el volver las cosas al momento en el que se encontraban en el que

se efectuó el acto de traslado, no existe entonces consecuencia jurídica distinta que el encontrar a su vez que declarada entonces la ineficacia del traslado pues no podría otra cosa que encontrarse que nunca se perdió el régimen de transición que es cosa diametralmente opuesta a lo que se solicitó y a su vez se discutió dentro de la acción de tutela que era precisamente un análisis relacionado con la conservación del régimen de transición en virtud de la sentencia SU 062 del año 2010 que propende precisamente por la conservación del régimen de transición que es diametralmente opuesta a lo que aquí se discute. En ese orden, consideró que la Juez de primera instancia realizó un razonamiento errado al declarar que existe cosa juzgada, reiterando que, no existe identidad en la cosa pedida, no existe identidad en la causa, y debe ser analizado el incumplimiento del deber de brindar información que como se sostuvo y como se pudo verificar en la práctica de las pruebas dentro de este proceso judicial pues en efecto se verifica que existió un incumplimiento en el deber de informar por parte de Colfondos y que en ese sentido no hay lugar a otra cosa que no sea la declaratoria de la ineficacia y recuerda que, no se pretende dentro de este proceso judicial que se traslade a la actora a Colpensiones por cuanto precisamente se reconoce que el traslado se efectuó, que el traslado del capital con el que contaba a fecha de 2011 para Colfondos ya fue trasladado, sino la declaratoria de la ineficacia y en consecuencia la declaratoria de la no pérdida de el régimen de transición, cosa totalmente distinta a lo que se analizó, se discutió y en últimas se decidió dentro de la acción de tutela que data del año 2010.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, y solicitó revocar la sentencia en todas sus partes. A su turno COLPENSIONES solicitó que se confirme la decisión. Colfondos guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en este asunto en particular se configuró la cosa juzgada, de no ser así, determinar la viabilidad de la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo anterior, y con el ánimo de resolver lo atinente a la Cosa Juzgada, es menester precisar que el artículo 303 del C.G.P., establece que, ejecutoriada una sentencia, produce efectos de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes.

La institución de la cosa juzgada, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido por la jurisdicción ordinaria, pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada goza de la presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos.

Para que se configure este medio exceptivo, se deben acreditar los siguientes elementos: (i) la existencia de proceso anterior definido por sentencia debidamente ejecutoriada, (ii) que exista identidad de partes, (iii) que haya identidad de pretensiones y, finalmente, (iv) identidad de hechos, requisitos que se pasan a analizar.

De cara a lo expuesto, advierte la Sala que, la señora Medellín Torres interpuso acción de tutela en contra de las aquí demandadas, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en procura del traslado del RAIS al RPMPD argumentando para ello que hacía parte del régimen de transición. El conocimiento de dicha acción constitucional, correspondió en primera instancia al Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá, el cual negó por improcedente la petición, sin embargo, en segunda instancia ante la impugnación presentada por la accionante, el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá a través de la sentencia del 29 de noviembre de 2010 accedió al amparo invocado en los siguientes términos:

2° TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, de la señora MARTHA PATRICIA MEDELLIN TORRES.

3° ORDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, realice los trámites que conduzcan a hacer efectivo el traslado de la señora MARTHA PATRICIA MEDELLIN TORRES al régimen de prima media, administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, además proceda a trasladar la totalidad del ahorro individual que la misma tiene en dicho fondo, todo lo cual deberá culminar cabalmente en un término máximo de 48 horas.

4.- ORDENAR al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – PENSIONES que en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia proceda a convalidar el traslado y por ende la afiliación de la ciudadana MARTHA PATRICIA MEDELLÍN, a esta entidad, acorde a los criterios sentados en esta providencia.

Allí el Juzgado de conocimiento en esa oportunidad consideró:

Disponiendo de los elementos constitucionales y jurisprudenciales que se relacionan en las consideraciones de este despacho, entra a analizar si, en el presente asunto, Citi Colfondos Pensiones y Cesantías está vulnerando los derechos a la seguridad social, a la libre elección de régimen pensional de la señora MARTHA PATRICIA MEDELLÍN TORRES, a no permitir su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, por no cumplir con el requisito de tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados, y por tallarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión en el régimen de prima media.

Teniendo en cuenta el fallo del A-quo mediante el cual se limita a no estudiar el caso de fondo por no evidenciar un perjuicio irremediable para la petente, contrario se analiza desde esta instancia, toda vez que de no tutelársele el derecho fundamental a la seguridad social a la accionante, la estaríamos arriesgando a que su expectativa pensional que tuvo desde que inició su vida laboral se vea desdibujada por falta de un estudio más profundo sobre el régimen de transición, y de una apropiada interpretación de la jurisprudencia de la corte Constitucional, al igual que el principio consagrado en la Constitución Política en el artículo 53, que asigna resolver de manera favorable al empleado la duda que pudiere presentarse.

[...]

Analizado el expediente de tutela, se evidencia que la accionante para éste momento tiene 57 años de edad, razón por la cual es dable ampararle su derecho fundamental de la seguridad social, toda vez que para cuando solicite su pensión y de tener que acudir a la vía ordinaria tardaría un largo tiempo lo que causaría un perjuicio para la señora MARTHA PATRICIA. Por tanto, y, de las pruebas se colige que habiendo nacido la petente el 26 de diciembre de 1952, para el 1 de abril de 1994, la trabajadora tenía 42 años de edad, razón suficiente para deducir que la accionante es beneficiaria del régimen de transición, según lo estipulado en el art. 36 de la ley 100 de 1993. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

De lo analizado se concluye que se debe amparar el derecho fundamental de seguridad social, ya que se concluye que la accionante hace parte del régimen de transición, y por ende le asiste el derecho de pensionarse bajo los parámetros del régimen anterior:

Ahora bien, dicha decisión judicial, confrontada con las pretensiones expuestas en el presente proceso en el que, para no ser infiel a su texto, se solicita:

1. Que se declare la nulidad/rescisión de la afiliación por traslado realizado por la señora Martha Patricia Medellín, mediante formulario de afiliación No. 7372586 de fecha 9 de marzo de 2000, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A.
2. Que se declare que la señora Martha Patricia Medellín cumple con los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le permite ser beneficiaria del régimen de transición.
3. Que se declare que a la señora Martha Patricia Medellín Torres le asiste el derecho a la reliquidación y pago de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 aplicable por cumplir con los requisitos del régimen de transición (artículo 36 de la ley 100 de 1993).
1. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones a la reliquidación y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 aplicable por cumplir con los requisitos del régimen de transición (artículo 36 de la ley 100 de 1993).
2. Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones a pagar el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde el 26 de diciembre de 2007 de manera indexada hasta la fecha en que se efectúe el ingreso en la nómina de pensionados a la accionada.
3. Se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. (RAIS) a que si no lo ha hecho trasladar la totalidad de los saldos de capital que existieran a favor de mi representada, junto con los rendimientos indexados, frutos e intereses, los valores correspondientes a gastos de administración, como aportes o semanas de cotización a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- (RPM)
4. Se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A. en caso de que no lo haya realizado a pagar a la Administradora Colombiana -Colpensiones la diferencia que pudiere llegarse a dar entre aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media.

Es fácil determinar que las pretensiones aquí formuladas se traducen, la primera, en un traslado de régimen derivado precisamente de la nulidad/recisión de la afiliación; las subsiguientes se relacionan con una reliquidación de la pensión que le fue reconocida en virtud precisamente del traslado que fue ordenado en la sentencia de tutela; adicionalmente en lo que refiere al reajuste pensional aquí deprecado en los términos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, resulta bastante obvio, que tal aspecto fue estudiado y definido en aquella oportunidad, con lo que claramente se evidencia la existencia de identidad de partes, causa y objeto, toda vez que en esta acción se persigue el mismo derecho (las consecuencias de una ineficacia o nulidad de la afiliación que derivan en un traslado de régimen pensional, así como el reajuste pensional por ser beneficiaria del régimen de transición), que como ya se observó fue definido en aquel expediente. Por manera que, tales aspectos, a juicio de esta Sala resultan improcedentes debatirlos en este nuevo litigio; razón por cual, no puede pretender la demandante que en un nuevo escenario judicial se estudie y debata, otra vez, tales pedimentos, pues media una decisión en la que ya se definieron y decidieron los derechos solicitados de manera definitiva, pues se itera, tales cuestiones fácticas y derechos se pusieron de presente en la causa petendi de dicha acción constitucional.

En este aparte, conviene recordar que la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al juez constitucional y, tal determinación, es un

aspecto que se elucida en la sentencia de tutela (CSJ SL15882-2017), en otros términos, es el mismo juez constitucional quien impone o modula el alcance de su decisión, en ese sentido, advierte esta Colegiatura, tal circunstancia, al haberse concedido la tutela como mecanismo definitivo, constituye cosa juzgada material, ficción legal amparada en los artículos 32 de la Ley 712 de 2001, 17 del C.C. y 303 del C.G.P, donde las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar el pronunciamiento previo, máxime cuando, como ha enseñado la HCSJ SCL:

*«el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, **no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario**, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.*

Ambos jueces –constitucional y ordinario–, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho» (CSJ SL15882-2017); ello desde luego, sin que implique que por ser respetuosos «del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela».

Corolario de todo lo anterior, esta Sala, al igual que el A quo, se abstiene de pronunciarse sobre la viabilidad o no del reconocimiento y pago del cálculo actuarial a favor de la demandante y sobre quien o quienes recae tal responsabilidad, e incluso frente al monto del mismo, en cuanto y en tanto dichos aspectos ya fueron decididos por el juez constitucional y tienen el carácter de definitivos. En ese sentido, debe decirse, no le asiste razón a la parte recurrente al plantear que en este caso se trata simplemente de declarar la ineficacia del acto de afiliación al RAIS, pues justamente la consecuencia de ello es el posterior traslado al RPMPD, así como el reajuste pensional que depende de declarar que se es beneficiario del régimen de transición y que se le debe aplicar para efectos de la pensión el Acuerdo 049 de 1990, pero ya esos hechos fueron definidos previamente en la aludida acción constitucional, que eventualmente, hizo tránsito a cosa juzgada, o por lo menos, la parte interesada no acreditó en este escenario que así no lo fuera, como para que se volviera a discutir tales aspectos. Por lo demás, fueron aspectos definidos en la decisión que ahora se confronta, tales como lo relativo al traslado de aportes que también pone de presente la parte actora.

En ese orden, no queda otro camino que declarar probada la excepción de COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL frente a tales puntos, ello, muy a pesar de resultar bastante claro que el juez constitucional partió de premisas, consideraciones e interpretaciones erróneas con relación al retorno al Régimen de Prima Media por virtud del régimen de la transición, circunstancia que por la misma razón anotada impide que nos pronunciemos sobre ello, siendo lo cierto que el juez constitucional ordenó tal devolución y de ahí que COLPENSIONES haya tenido que aceptar el traslado, como en efecto ocurrió, según se deduce de la historia laboral donde existe constancia de que se recibieron los aportes realizados en el RAIS, así: «*Pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado*», y a partir de allí, se expedieron los actos administrativos que reconocieron y liquidaron la prestación por vejez en favor de la accionada, por tanto, estima la Sala que no se dan los presupuestos para entrar a definir precisamente lo relativo al reconocimiento de la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues tal circunstancia ya fue objeto de un pronunciamiento judicial que se encuentra en firme y amparado por la presunción de legalidad y acierto, que además fue producto del ejercicio legítimo del derecho de acción. Igualmente, no acreditó la parte interesada que respecto de esa decisión hubiere mediado revisión por parte de la Corte Constitucional con un resultado distinto al plasmado en la sentencia constitucional que así lo ordenó.

En ese orden de ideas, se insiste que si la actora pretende un reajuste pensional en los términos solicitados, este ya lo definió el juez constitucional de forma definitiva, por tanto, cuenta con otros eventuales mecanismos para que COLPENSIONES dé cabal cumplimiento, que por demás podría, incluso, resultar más expedito que el proceso ordinario laboral.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

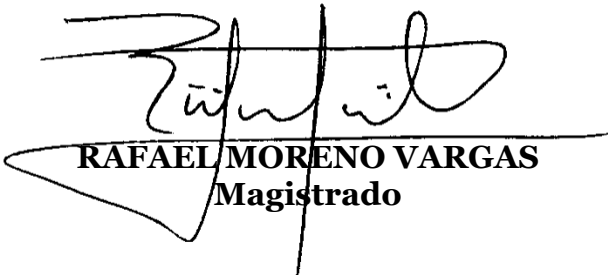
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

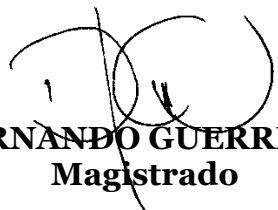
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JORGE ALFREDO BARRETO BOHORQUEZ contra COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-021-2020-00417-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2021. De igual modo, revisará la decisión proferida en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ALFREDO BARRETO BOHORQUEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones que hizo del RPMPD al fondo de pensiones PORVENIR S.A. por cuanto la misma contiene vicios del consentimiento por error y dolo. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES a activar y/o aceptar la afiliación y/o vinculación del accionante. Se ordene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores existentes en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes realizados, cotizaciones, bono pensional y sumas adicionales con todos los intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta la fecha en que se produzca el traslado de la totalidad de las sumas de dinero existentes en el fondo demandado que le

correspondan y se condene en costas y agencias de derecho a la parte demandada, así como lo que resulte extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 31 de mayo de 1957 y que comenzó su vida laboral en julio de 1978, acreditando a la fecha del traslado de régimen 446 semanas cotizadas encontrándose afiliado al ISS. Manifestó que al estar prestando sus servicios en su consultorio particular donde ejercía como Médico, se hizo presente en sus instalaciones un asesor de PORVENIR S.A., quien le ofreció vinculación inmediata a esa Administradora, consistente en el traslado de régimen pensional a ese fondo de pensiones. Arguyó que para que se diera el traslado de Régimen Pensional y consecuentemente la vinculación a PORVENIR S.A., el asesor comercial le aseguró que se podía pensionar en el RAIS de manera anticipada, que para pensionarse en él, no necesitaba cumplir edad ni semanas mínimas de cotización, solamente con el capital ahorrado con el producto de los aportes efectuados. Además de ello, que del capital que ahorraría con el producto de los aportes para trasladarse del ISS, tendría derecho a un bono que representaba más dinero que se sumaría y con el cual se pensionaría, que la mesada sería más alta que la que le darían en el ISS en razón a que se sumaría el valor de bono pensional y los aportes que realizaría durante su vida laboral, en cambio la pensión que recibiría del ISS si permanecía allí, que era menor porque se liquidaba con el promedio de los aportes mensuales que realizaría ya que había una ley que había bajado el porcentaje para liquidar la pensión y que el traslado debería ser inmediato porque el ISS se acabaría y que no había seguridad de quien asumiera las pensiones y tampoco lo que pasaría con los aportes. Explicó que los argumentos y razones que PORVENIR S.A. le proporcionó fueron determinantes para que el firmara el formulario de traslado de régimen pensional y que por las anteriores afirmaciones PORVENIR S.A. en ese momento fue la solución a las situaciones que se le informaron y procedió el 27 de septiembre de 2000 a la vinculación a ese fondo. Añadió que los aportes que realizó a COLPENSIONES, según la historia laboral cotizó un total de 446 semanas y con posterioridad al traslado de régimen ha cotizado 990 semanas; que ha cotizado al Sistema General de Pensiones desde julio de 1978 y en la actualidad se encuentra activo y cotizando a PORVENIR durante su vida laboral un total de 1436 semanas. Añadió que, al tener las semanas cotizadas y la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, solicitó a PORVENIR una proyección de su mesada pensional; dicho fondo le informó que no tenía derecho a una pensión de vejez porque el capital que tenía no le alcanzaba, pero que podía acceder a una garantía de pensión mínima equivalente a un salario mínimo. A raíz de ver la suma que recibiría como mesada pensional por parte de PORVENIR solicitó el traslado de régimen pensional, es decir, trasladarse a COLPENSIONES, a

través de la solicitud radicada en esa administradora. Manifestó que mediante comunicación de 24 de julio de 2020 COLPENSIONES, negó el traslado y argumenta que no lo puede recibir porque le faltan menos de 10 años para pensionarse; que mediante escrito radicado en PORVENIR, solicitó copia de la documentación aportada una vez realizó el traslado de régimen y la proyección del valor de su mesada pensional, formulario de afiliación y constancia donde aparecerían los argumentos informados para el traslado de régimen. Informó que recibió respuesta de PORVENIR, donde le remiten copia del formulario de afiliación, una simulación pensional, si no volvía a cotizar y/o aportar en el Fondo de Pensiones Obligatorias, al cumplir 62 semanas sin cotizar hasta los 66 años cotizando un total de 1595 semanas, su mesada pensional es de \$877.803 M/cte. Indicó que respecto de la solicitud de entrega de soportes físicos que dieran cuenta de la asesoría brindada en el proceso de vinculación, le indicaron que no contaban con los documentos ya que el proceso se realizó de manera verbal y que los funcionarios recibían capacitaciones y formación en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y en general de la regulación en materia de pensiones donde firmó el formulario de afiliación de manera libre y sin presiones. Finalmente, informó que su último salario es de \$4.405.068 y el ingreso base de liquidación es de \$2.534.418, según respuesta de PORVENIR S.A. (Exp. Digital. «01DemandayAnexos». Págs. 6 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que dentro del expediente donde no obra prueba alguna de que se le hubiese hecho incurrir en falta al deber de información por parte de la AFP o de que se estuvo en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante y que por el contrario se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre presiones indebidas. Propuso 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 historia 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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 08ContestacionDemandaColpensiones. Págs. 3 a 40).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que, la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, resaltando que la afiliación en el año 2000 se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales donde adicionalmente, PORVENIR le garantizó el derecho de retracto como lo dispone la norma. Mencionó que la Superintendencia Financiera de Colombia, indicó en forma expresa que en los eventos de no proceder la nulidad o ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «genérica» (Expediente Digital: «10ContestaciónDemandaPorvenir». Págs. 3 a 30.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado que realizó el accionante al RAIS el 27 de septiembre de 2000, a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, declaró válida la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, para ello concedió el término de un mes. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral y condenó en costas a PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las afiliaciones libres y voluntarias deben tener conocimiento previo de las consecuencias que conllevan dichos traslados; que las AFPS deben ser claras al momento de dar la información

sobre el cambio de régimen y que dicha información que le brinden a los afiliados o futuros afiliados deber ser clara, completa y comprensible, en el mismo sentido, que los actos jurídicos de cambios de regímenes deben estar precedidos de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como los riesgos y consecuencias de los traslados y además de ello que estos traslados deben hacerse de forma libre y sin presión alguna. Explicó que las AFP tienen la obligación de brindar un buen consejo sin perjudicar al afiliado al momento de escoger el régimen pensional al cual desea trasladarse y que la información que cada una de ellas brinde tiene que ser completa, comprensible, veraz y suficiente y debe además de ello brindar toda la información que resulte relevante para tomar las decisiones y que la información debió darse en los términos indicados de forma objetiva y transparente a los usuarios pues solo de esa forma se dio un juicio claro y objetivo de las mejores opciones de regímenes pensionales; mencionó que se advirtió que la omisión del deber de información no solo se produjo en lo que se afirmó sino también al momento de guardar silencio lo que produjo que la decisión de traslado se tomara sin el pleno conocimiento ni lo que ello implicó. Añadió que ante una negación indefinida como es el hecho de no haber recibido la información indicada, se traslada a las AFP, deber que consideró en el caso concreto no se podía acreditar con las pruebas aportadas al proceso, sin que el formulario de afiliación sea suficiente para tal efecto, pues conforme a la jurisprudencia de la corte éste acredita un consentimiento, pero no informado. De tal modo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado inicial, sin que sea necesario que le actor sea beneficiario del régimen de transición.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso el recurso de alzada en cuanto a la decisión proferida por la primera instancia, para que se revoque en su totalidad la sentencia emitida, y para tal efecto argumentó que, el hecho de que no tuvo pruebas adicionales al formulario de afiliación que constataran la información que se le brindó al demandante, radica en que la obligación de dejar documentada la información nació a partir de la Ley 1748 de 2014 y para el momento en que se realizó el traslado esto no constaba, razón por la cual exigir las pruebas además del formulario que es autorizado por la Superintendencia Bancaria es la Superintendencia Financiera, que es el documento con el cual se materializaba el traslado al RAIS resulta una carga desproporcional e ilógica. Que si bien la CSJ estableció que esos formatos no constituyen una prueba idónea de que la información se brindó, lo cierto es que en ese momento no constaba obligación adicional de suscribir formulario de afiliación de manera libre y voluntaria por la

parte demandante, consiste precisamente en imponer cargas adicionales que no constaban en la ley para el momento del traslado, razón por la cual es el único documento mediante el cual se materializaba el traslado aduciendo que se cumplió con ello teniendo en cuenta que es un documento público y autentico donde no fue tachado. Mencionó que las etapas de la obligación de informar con relación al RAIS han variado en el tiempo y lo cierto es que para el momento en el cual se dio el traslado se puede constatar que si se le dio la información del régimen, pues muchas de las características de cómo funcionaba fueron manifestadas por la parte demandante dentro del interrogatorio y dentro de la demanda, razón por la cual, no comparte que se manifieste que la decisión que tomo el demandante fue desinformada porque si se conocía el funcionamiento del RAIS y que así mismo se dejó de evaluar en la instancia que aun cuando en el demandante obre duda de que no se le dio la información completa que se debía tener para ese tiempo, lo cierto es que los actos posteriores dan a entender que se adquirió el conocimiento con relación al RAIS y pese a ello optó por permanecer en el régimen y no retornar a Colpensiones con oportunidad de hacerlo. Manifestó que hay ciertos actos que dan a entender que el demandante adquiere el conocimiento y como consecuencia de ello convalida o ratifica su deseo de forma inequívoca de permanecer en el RAIS, por lo que no hay lugar a la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado por el demandante, razón por la cual, no se debe declarar la ineficacia y se debe considerar que el traslado fue valido y eficaz y que nació a la vida jurídica de forma valida. Solicitó, en caso de considerar que se confirme lo atinente a declarar la ineficacia del traslado, se absuelva a devolver las comisiones de administración porque es un concepto que está destinado a retribuir por la buena gestión que se ha ejercido en el tiempo que ha estado vinculado, como tramitar el saldo de su cuenta de ahorro individual y que el concepto de la Superintendencia financiera de Colombia y la Ley 100 de 1993 se ha establecido que cuando hay lugar al traslado solo procede la devolución de las cotizaciones junto con los rendimientos, sin dar lugar a devolver sumas adicionales y que en caso de devolver a Colpensiones involucraría un enriquecimiento sin causa, pues en caso de que el actor permaneciera afiliado al RPMPD igualmente se generaban los descuentos porque eso está destinado al régimen a financiar la administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, máxime cuando en ningún momento está destinado a financiar la pensión de vejez del actor. En consecuencia, se podía hablar de la prescripción parcial de las sumas de dinero y que dichos descuentos están autorizados por la ley. Agregó finalmente, que si la ineficacia jurídica es entender que las cosas vuelvan a su estado anterior, se entendería que no existió una administración y que como consecuencia no se generaron rendimientos, sin embargo, si se aplica la ineficacia jurídica las partes están obligadas a hacer restituciones mutuas, sin embargo, se desconoce el efecto

determinado y se establecen aspectos diferentes a los que impone la misma, razón por la cual solicitó revocar la totalidad de la sentencia.

De la misma manera, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la sentencia parcialmente, indicando para tal efecto que se revoque totalmente el fallo teniendo en cuenta que lo que se evidencia es que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones y de conformidad con lo que establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal B. Respecto de la carga de la prueba, indicó resultar proporcional colocarla en la AFP PORVENIR y en el caso particular COLPENSIONES teniendo en cuenta que es la más afectada en lo atinente a las sostenibilidad del sistema pensional, máximo cuando la afiliación se dio para el año 2000, queriendo decir que transcurridos aproximadamente 20 años a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado, la suscripción del mismo, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Añadió que en el deber de información la CSJ SL, mencionó el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 por los fondos privados que cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron entre los años 1993 y 2014 no exigen nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al RAIS, siendo el caso de la parte actora el cual suscribió el formulario y realizó el traslado para el año 2000. Adujo que no se trata de aplicar de forma directa las decisiones de la máxima autoridad como lo es la CSJ sino que se debe analizar si la presunta falta de información produce un efecto o adverso como lo es perder el régimen de transición personal; pero que el afiliado no puede trasladarse de régimen por no hallarse de acuerdo con su mesada pensional, que es el caso del demandante donde encuentra oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido, al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último escenario no es el objeto de alcance ni protección de las decisiones de la CSJSL, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se rige todo el sistema general de la seguridad social, como es la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional. Además de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años en el RPMPD, pretenda que ahora el régimen sea solidario y quiera beneficiarse de aportes que no ha realizado porque eso pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo. Finalmente, solicitó de manera subsidiaria que en caso de no acogerse a los argumentos

expuestos, y se confirme la providencia objeto de alzada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro individual del demandante como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y a los demás a los que hubiere lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante a la AFP PORVENIR como quiera que no podrá dar cumplimiento al fallo, hasta tanto la AFP no reintegre los recursos. En igual sentido, solicitó no se condene en costas toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz siendo un tercero al que le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR Y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora solicitó se confirme la ineficacia del traslado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RPMPD y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para

quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 19 del archivo «01DemandayAnexos», obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de mayo de 1957, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 24 de julio de 2020 (pág. 35), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía el equivalente a 263,72 semanas cotizadas al RPMPD en el ISS (Exp. Digital. «01DemandayAnexos». Pág. 179 a 183), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de septiembre del año 2000, según información registrada en el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Exp. Digital. «01DemandayAnexos». Pág. 33).

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la

diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (27 de septiembre de 2000), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. -pág. 33, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de

ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de

servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. En se sentido, no hay lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver los conceptos y valores a favor de COLPENSIONES es clara, salvo lo relacionado con la indexación de los valores objetos de devolución por ser procedentes tal y como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 3207-2020, donde se asentó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineffectia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineffectia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelto tanto el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones, como las apelaciones formuladas. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

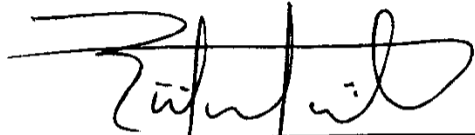
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la devolución ordenada en primer grado debe ser indexada. En lo demás se confirma, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA BERENICE NIETO PINTO contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-022-2019-00411-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA BERENICE NIETO PINTO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de su afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - PROTECCIÓN S.A realizada el 15 de febrero de 2001 y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS –PORVENIR S.A., el 16 de septiembre de 1994 por medio de la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPMD administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES –ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS; se declare la afiliación al –RPMPD al declararse la nulidad de

la afiliación a PORVENIR S.A. De la misma manera, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante, y así también, se condene a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado y a hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES, finalmente, solicitó se condene a PORVENIR S.A., al pago de las costas procesales así como lo que resulte extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 15 de abril de 1960, indicó que, empezó su vida laboral el 16 de septiembre de 1981 con el empleador ALMACENES TAMPICO LTDA, cotizando al RPMPD hasta el 16 de septiembre de 1994, fecha en que se trasladó al RAIS con ING, hoy PROTECCIÓN S.A. hasta el 01 de diciembre de 1995, para luego trasladarse PORVENIR S.A. Manifestó que en visita efectuada por un asesor de la AFP PROTECCION y posteriormente de PORVENIR S.A., le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y le manifestaron que el ISS iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo, por lo que le ofrecieron unos beneficios para que accediera a ese traslado, omitiendo brindarle una debida asesoría con información suficiente, clara y concisa que le permita tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional al momento de la afiliación. Así las cosas, suscribió formulario de afiliación con la AFP ING, el 16 de septiembre de 1994, estando vinculada con la Fiscalía General de la Nación, y posteriormente, suscribió formulario de afiliación con AFP PORVENIR; precisó que, en documento No. 0100222098892100 la AFP PORVENIR S.A., le acreditó un total de capital acumulado en su cuenta individual realizándole la proyección de la pensión, lo que le resultó desde el punto de vista cuantitativo una diferencia significativa. En ese orden de ideas, diligenció formulario de traslado de régimen el 29 de mayo de 2019, ante COLPENSIONES, entidad que rechazó su solicitud el 31 de mayo de 2019. Por último, explicó que el día 29 de mayo del 2019, presentó Reclamación Administrativa, con respecto a nulidad de la afiliación del traslado del régimen a PORVENIR S.A., y esta a su vez le fue negada el 21 de noviembre de 2018 (Exp. Digital: « 11001310502220190041100_C001». Págs. 70 a 94).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las

pretensiones incoadas en su contra, argumentando que dentro expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), manifestó que tampoco evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, por el contrario, observó que las documentales se encuentra sujetas a derecho, manifestando su voluntad de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, no obstante, agregó que no cumple con los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. 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» «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: « 11001310502220190041100_C001». Págs. 213 a 252).

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de ING, es válido, por cuanto considera que esta AFP brindó información pertinente y necesaria para ello, razón por la cual, los traslados posteriores a PORVENIR y HORIZONTE revisten igualmente de completa validez, y considera improcedente negar dichas afiliaciones y declarar la nulidad del traslado. Además, recordó que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, incluso explicó que ello fue solo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, por lo que la accionante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes. Así las cosas, aclaró que la actora suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado horizontal al recibir asesoría verbal amplia y suficiente, aunado a que no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad. Formuló como excepciones de fondo las 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». (Exp. Digital: «111001310502220190041100_C001». Págs. 256 a 279).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante fue un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento, pues suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, de acuerdo al artículo 11 del Decreto 692 de 1992. Expresó que el formulario de vinculación tiene la naturaleza de un contrato, por lo que surgieron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes, aunado a que, se trata de un documento en el que consta que la actora entendió y aceptó los efectos legales del traslado de régimen. Mencionó que la demandante decidió continuar afiliada al RAIS y no trasladarse al RPMPD, pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo. Arguyó que para que un acto jurídico sea inexistente debe carecer de uno de los elementos esenciales del acto, esto es, la voluntad o consentimiento, el objeto y la solemnidad; sin embargo, la afiliación de la demandante reúne todos los elementos para ser un acto existente. Agregó que la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Propuso 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 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 comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «innominada o genérica», «traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir» y «aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto» (Exp. Digital: «CONTESTACIÓN MARIA BERENICE NIETO PINTO», págs. 1 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de octubre de 2021 declaró la ineficacia de traslado efectuado por MARIA BERENICE NIETO PINTO al RAIS, acaecido el 16 de septiembre de 1994, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen. Ordenó a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las

cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, y a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional. Ordenó a PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, finalmente declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las AFP desde su fundación han tenido el deber de brindar información a los posibles afiliados sobre las características de ambos regímenes, a fin de lograr que su decisión sea libre e informada, pues en caso de no ser así, la misma deviene en ineficaz. Indicó que la doble calidad de las AFP como sociedades financieras y de seguridad social hace que el cumplimiento del deber de información sea más riguroso, puesto que es menester que la información se brinde a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un afiliado lego y un experto en materia de alta complejidad, lo que incluye dar a conocer aspectos como la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de derechos pensionales. Manifestó que la información consignada en el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información, por lo que resaltó que, según los preceptos de la carga de prueba, la AFP PORVENIR no acreditó el cumplimiento de su deber de información, máxime cuando no aportó documentos como la hoja de vida del asesor o las capacitaciones que le brindaron para cumplir con sus obligaciones. Frente a la prescripción, recordó que la solicitud de ineficacia o nulidad de la afiliación está ligada a la formación del derecho pensional, por lo que no está llamada a prescribir, pues se afectaría gravemente el derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PROTECCION S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que respecto de la devolución de cuotas de administración y primas de seguro, no es procedente, pues estos fueron debidamente administrados y de ser así se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES al recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y adicionalmente se están trasladando los rendimientos financieros fruto de la buena gestión de los fondos convocados, adujo que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, entonces se entendería en

este sentido que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende, PROTECCION no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante y consecuentemente, los rendimientos producidos no se causaron, por lo que no debe cobrarse el cobro de la comisión de administración, señaló que tampoco debe descontarse el concepto de prima previsional en el entendido que ello fue sufragado por una compañía aseguradora que cumplió con su deber para el cual fue contratada y el cubrimiento de la póliza se da por mandato legal.

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados pueden decidir el régimen pensional que prefieran una vez cada cinco años contados desde la afiliación inicial y hasta cuando falten diez años para adquirir el derecho pensional, prohibición que fue desconocida por el actor. Aseguró que, al momento del traslado, el demandante era profesional, es decir que tenía la capacidad cognoscitiva para entender y tener claridad de las características de los regímenes pensionales, más aún cuando tenía el deber de auto información y no acudió ante el fondo privado para cuestionar sobre su futuro pensional. Recordó que el accionante no acreditó la existencia de errores en su consentimiento, en consecuencia, el traslado goza de plena validez por haber sido efectuado con apego a la normatividad vigente y sin ningún tipo de coacción. Arguyó que la prescripción de la acción de nulidad de un acto jurídico está regulada por el artículo 1750 del Código Civil, de tal suerte que la solicitud de nulidad de la afiliación no está sujeta al término prescriptivo del derecho a la seguridad social, puesto que no es aplicable a ciertos actos ligados a aquel, arguyendo que no se ha violado tal derecho al actor porque goza de su afiliación al sistema general de pensiones. Afirmó que el demandante manifestó que recibió asesoría en dos oportunidades cuando el asesor se dirigió al salón en el que dictaba clase. Indicó que la afiliación al RAIS, el estado de cuenta, las condiciones del traslado, entre otros aspectos son de conocimiento del afiliado, quien también puede verificar la información, por lo cual el desconocimiento de las condiciones del régimen no tiene asidero. Finalmente, manifestó que los gastos de administración son descontados en ambos regímenes pensionales, agregando que corresponden al 3% del aporte y están destinados a cubrir la pensión de invalidez y sobrevivencia.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo que el despacho no tuvo en cuenta la prohibición legal dentro de la cual se encuentra la demandante del art. 02 de la Ley 797 de 2003,

por encontrarse a 10 años o menos de cumplir la edad para adquirir su derecho pensional, indico que ello afecta principios constitucionales, más aún cuando estas normas no se encuentran derogadas, incumpliendo así con el principio de solidaridad y dando una interpretación por parte de la a quo exclusivamente prescriptiva. Finalmente, resaltó que no comparte los preceptos jurisprudenciales emanados en la sentencia, dado que el análisis no se encuadra en el presente caso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos del proceso guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Al expediente digital se aportó copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (11001310502220190041100_C001. Pág. 2), donde se registra como fecha de nacimiento el 15 de abril de 1960, por lo que cumpliría 57 años el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 29 de mayo de 2019 (pág. 04), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 511 semanas cotizadas al RPMPD en CAJANAL (Pág. 39) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de septiembre de 1994 (Exp. Digital: «CONTESTACIÓN MARIA BERENICE NIETO PINTO». Pág. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy representada por PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los

dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisonal se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar

el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: «CONTESTACIÓN MARIA BERENICE NIETO PINTO». Pág. 21), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de septiembre de 1994), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».*

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición, que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; precisándose, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

«[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado».

De igual forma, tampoco tiene importancia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Y en lo que refiere a la procedencia de la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de inejecución»

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del mismo, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado irregular de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la inejecución del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resueltos tanto los recursos de apelación formulados como el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

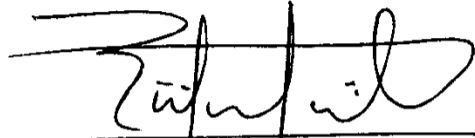
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

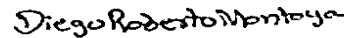
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por VICTOR HUGO BASTOS PARDO contra AFP PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad 110013105-023-2020-00298-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2021. Así mismo, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **VICTOR HUGO BASTOS PARDO** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la ineficacia de la afiliación que efectuó a la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se declare que nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, y por lo tanto, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y demás emolumentos necesarios, debidamente indexados. Igualmente, se ordene a las demandadas realizar todos los trámites a que haya lugar para activar su afiliación en el RPMPD. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo extra y ultra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el día 26 de febrero de 1957 e inició a efectuar cotizaciones al sistema pensional desde el 22 de noviembre de 1985, mediante el RPMPD, no obstante se trasladó al RAIS a partir del mes de noviembre de 2000, luego de que un asesor comercial de la AFP PORVENIR le manifestara que el ISS sería liquidado, asegurando que tendría más beneficios en el RAIS. Mencionó que solicitó a las accionadas una proyección de su mesada y la nulidad de su afiliación, empero, PORVENIR contestó negando el traslado de régimen y realizó la proyección, mientras que COLPENSIONES negó la petición, argumentando que ya no era posible realizar efectuar su traslado y por ende, tampoco la doble asesoría. Agregó que el fondo nunca le informó que tenía la posibilidad de trasladarse al RPMPD antes de estar a 10 años de adquirir la edad para pensionarse (Expediente digital: DEMANDA_15_9_2020_18_55_00.pdf, págs. 01 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR**, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como quedó plasmado en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico. Arguyó que no es procedente declarar la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se requiere la existencia de una conducta dolosa que impida o atente contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad, lo cual no fue acreditado. Mencionó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 100 de 1993. Aseveró que el actor realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 20 años en el RAIS, sin mostrar inconformidad alguna, aunado a que, no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación», «Compensación» y «Excepción genérica». (Expediente digital: CONT PORVENIR 2020-298 J23 BOG VICTOR HUGO BASTOS.pdf, págs. 1 a 28).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que el demandante de manera libre, voluntaria y espontánea efectuó el traslado de régimen y efectuó las cotizaciones al RAIS. Recordó que el demandante está inmerso en la prohibición legal de traslado de la Ley 797 de 2003, la cual busca proteger el principio de sostenibilidad financiera, evitando que personas que no ostentan una expectativa legítima y que no han cotizado en el

RPMPD por más de 10 años resulten beneficiadas del mismo. Señaló que la parte actora no probó la existencia de un vicio en el consentimiento al momento del traslado de régimen. Presentó como excepciones de mérito las de «La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «Responsabilidad sui generis de las entidades de 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» e «Innominada o genérica». (Expediente digital: CONTESTACIÓN DE DEMANDA VICTOR HUGO BASTOS.pdf, págs. 1 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuó el actor del RPMPD al RAIS mediante la AFP PORVENIR. Por lo anterior, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración, sumas que deberán ser trasladadas debidamente indexadas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es un deber de las AFP brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, especialmente respecto de las características condiciones y diferencias de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que conlleva ese cambio. Señaló que la ineficacia procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado y si se tiene o no el beneficio de la transición, o si se está próximo a pensionar. Sostuvo que opera la inversión de la carga de la prueba, es decir que le correspondía a la AFP PORVENIR demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen, sin embargo, la AFP no logró acreditar que haya cumplido con el deber de información. Preciso que la AFP sólo allegó el formulario de afiliación, documento que resulta insuficiente para cumplir con la carga probatoria, toda vez que se trata de un formulario pre impreso donde se establece de manera general que la selección de

régimen es libre y voluntaria. Agregó que el actor no confesó haber recibido la información en los términos de la jurisprudencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada **PORVENIR** presentó recurso de apelación, argumentando que se entregó al demandante una debida información con anterioridad a la suscripción del formulario de afiliación. Arguyó que el demandante está inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, la cual obedece a la protección de la sostenibilidad del sistema pensional, pues el accionante tuvo la oportunidad de retornar al RPMPD pero no lo hizo. Señaló que cumplió con la carga de la prueba, toda vez que el formulario de afiliación fue allegado, aclarando que para el momento de la afiliación no se exigía la documentación de la asesoría brindada, sino que sólo era menester manifestar la voluntad mediante dicho formulario. Aseguró que el demandante no se preocupó por su futuro pensional e ignoró sus deberes como consumidor financiero. Indicó que no es posible ordenar la devolución de gastos de administración, cuotas de reaseguros y pólizas, toda vez que se desconoce la Ley 100 de 1993 y lo dicho por la Superintendencia Financiera, en el sentido de que sólo es dable trasladar los aportes y los rendimientos financieros. Aseveró que los gastos de administración son descontados en ambos regímenes, especificando que realizó una gestión idónea sobre los dineros del actor y por eso, obtuvo rendimientos financieros. Afirmó que la prescripción afecta los gastos de administración, cuotas de reaseguros y pólizas, dado que no están llamados a financiar la pensión. Solicitó se adicione la sentencia, en el sentido de emitir una condena en costas compartida con COLPENSIONES, por cuanto también resultó vencida en juicio.

El apoderado judicial de la accionada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, argumentando que, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el deber de información debe ser analizado de acuerdo a las circunstancias específicas de cada afiliado, pues esa obligación ha evolucionado con el tiempo. En ese orden, destacó que para la fecha del traslado del actor, no existía la obligación de realizar simulaciones de la mesada pensional, sino que el formulario de afiliación suscrito por el demandante es un documento válido para verificar su voluntad, máxime cuando fue firmado de forma libre y sin presiones. Recordó que el demandante estuvo afiliado al RAIS durante más de 10 años, lo que permite concluir que deseaba permanecer en dicho régimen. Adujo que el demandante no se acercó a tiempo a efectuar el traslado de régimen, ni se preocupó por su futuro

pensional, de forma que las consecuencias sólo corren a su cargo. Indicó que COLPENSIONES es un tercero en el negocio jurídico y no puede ser afectada. Añadió que se debe tener en cuenta la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2002, con el fin de proteger la sostenibilidad financiera del sistema.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la sentencia. A su turno, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Al expediente digital se aportó copia de la cédula de ciudadanía del demandante (PRUEBA_15_9_2020 18_55_19, pág. 1), donde se registra como fecha de nacimiento el 26 de febrero de 1957, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR, el 25 de julio de 2019 y el 12 de agosto de 2019, respectivamente (PRUEBA_15_9_2020 18_55_19, págs. 21 a 27), es decir, cuando evidentemente ya había cumplido la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 230.57 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: PRUEBA_15_9_2020 18_55_19, págs. 2 a 19) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de octubre de 2000 (Exp. Digital: CONT PORVENIR 2020-298 J23 BOG VICTOR HUGO BASTOS_, pág. 66), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las

diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 11 de octubre de 2000, (Exp. Digital: CONT PORVENIR 2020-298 J23 BOG VICTOR HUGO BASTOS_, pág. 66), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A., Desde luego que en el interrogatorio de parte, el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de casación referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (11 de octubre de 2000), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte

legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En este orden de ideas, en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los gastos de administración han de ser remitidos a COLPENSIONES, junto con los respectivos rendimientos y/o frutos generados en el RAIS, máxime cuando recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, en el sentido de condenar en costas tanto a la AFP PORVENIR, como a COLPENSIONES. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

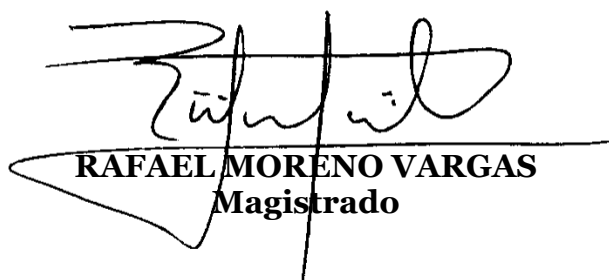
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de estudio, en el sentido de que la condena en costas de primera instancia corre a cargo de la **AFP PORVENIR y COLPENSIONES**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

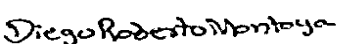
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA CELINA BAQUERO PARADA contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-024-2019-00631-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA CELINA BAQUERO PARADA**, instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la ineficacia o nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual -RAIS, con PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó, incluyendo bonos pensionales, gastos de administración y rendimientos financieros. Finalmente, se condene solidariamente a las demandadas COLFONDOS y PORVENIR por la responsabilidad en los perjuicios que sufrió, así como lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el 01 de enero de 1995 inició a cotizar en el sistema general de pensiones, mediante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del cual se trasladó en febrero de 1997 a través de la AFP PORVENIR, fondo privado al que perteneció hasta mayo de 2002,

pues se vinculó a la AFP COLFONDOS. Aseveró que dichos fondos no le suministraron la información clara, oportuna y completa sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, guardando silencio sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, así como la posibilidad que tenía de retornar al RPMPD. Señaló que después de muchos años se percató de que había sido engañada, así que el 05 de marzo de 2019, elevó peticiones ante COLPENSIONES y COLFONDOS solicitando el traslado al RPMPD, no obstante, ambas entidades negaron su pedimento. Mencionó que en los últimos 20 años ha efectuado aportes a pensión sobre un IBL muy superior al salario mínimo legal mensual vigente (fls. 3 al 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que la demandante no tiene derecho a la ineficacia del traslado, pues fue válida tal como lo prueban las cotizaciones efectuadas al fondo privado de manera libre, espontánea y voluntaria. Mencionó que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante y que aquella suscribió el formulario de afiliación. Arguyó que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, aunado a que, para el 01 de abril de 1994 no tenía 15 años de servicio, es decir que no es beneficiaria del régimen de transición, por tanto no procede su traslado de régimen. Adujo que el deber de información a cargo de las AFP ha tenido varias etapas, de forma que no se puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no estaban vigentes al momento del traslado de la demandante, pues se transgrede el principio de confianza legítima, así como el debido proceso y el principio de legalidad. Como excepciones de fondo, formuló las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «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» e «innominada o genérica» (fls. 96 a 105).

A su turno, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante se afilió al RAIS de manera libre e informada después de haber sido ampliamente informada sobre las

implicaciones del traslado y el funcionamiento del RAIS, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación que aquella suscribió, documento que se presume autentico. Adujo que el sistema pensional es público y obligatorio, así que las condiciones para el reconocimiento de las prestaciones pensionales están establecidas en la ley, de forma que no es posible pactar disposiciones diferentes. Recalcó que le brindó a la demandante la asesoría pertinente y suficiente para que adoptara una decisión libre y voluntaria, por lo que el traslado fue válido de conformidad con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993. Agregó que siempre le garantizó a la demandante, el derecho de retracto, pues el 14 de enero de 2004 publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes de acuerdo con la Ley 797 de 2003. Señaló que la permanencia de la demandante al RAIS durante más de 23 años, ha demostrado su complacencia con el mismo y su expectativa de pensionarse bajo las condiciones de aquel, máxime cuando nunca manifestó inconformidad alguna. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «Buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (fls. 134 a 144).

Finalmente, **COLFONDOS** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre las implicaciones de su traslado, informándole acerca de las características del RAIS y las diferencias entre uno y otro régimen. Señaló que de acuerdo a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, la nulidad de la afiliación se causa cuando la suscripción de la afiliación no proviene del afiliado, circunstancia que no ocurrió en el sub lite, toda vez que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre voluntaria, tal como lo exige el Decreto 692 de 1994. Aseveró que la parte actora no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento. Mencionó que la afiliación de la demandante fue ratificada, tras más de 20 años de vinculación al RAIS sin manifestar inconformidad alguna. Añadió que la parte actora no probó los perjuicios alegados, máxime cuando la decisión de trasladarse de régimen provino únicamente de la demandante, sin que se haya causado perjuicio alguno porque en cuanto cumpla con los requisitos, podrá adquirir una pensión en el RAIS. Propuso como excepciones de mérito, 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (fls. 179 a 185).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de agosto de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR, señalando que para todos los efectos legales nunca se vinculó al RAIS. A la par, ordenó a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración. Finalmente, ordenó a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba estos dineros de COLFONDOS.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características, condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que en caso de no cumplirse configura la ineficacia del traslado. Señaló que la carga de la prueba recae directamente en el fondo de pensiones que realizó la afiliación, esto es PORVENIR, no obstante, no se logró acreditar que a la demandante se le haya dado una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen, pues la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, documento que no es suficiente para corroborar que efectivamente se le haya brindado la debida información, que la llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que la demandante no fue debidamente informada. Indicó que COLFONDOS tampoco acreditó que haya cumplido con la obligación de brindar a la demandante una información clara y completa sobre las características, funcionamiento, ventajas y desventajas del RAIS.

De otro lado, precisó que para que haya lugar al pago de perjuicios, se requiere que concurren los elementos de la responsabilidad, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal, los cuales no fueron acreditados por la parte actora. Aclaró que los perjuicios se ven compensados con el traslado de los aportes al RPMPD, junto con los gastos de administración. Finalmente, concluyó que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción que pretende la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, toda vez que está ligado al derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual es imprescriptible e irrenunciable.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. instauró recurso de apelación, manifestando que sí se acreditó que la demandante recibió la información al momento del traslado, tal como se evidencia de la declaración que aquella rindió, pues en sus propias palabras, aceptó que conocía las diferencias entre uno y otro régimen. Señaló que con la decisión se afecta la confianza legítima, la inescindibilidad de la norma y la sostenibilidad financiera, dado que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, lo que ocurre al no admitir el formulario de afiliación como prueba para demostrar el consentimiento, pues en la época del traslado, ese era el único documento que exigido para reputar la existencia y validez de la afiliación. Arguyó que se trató de forma indistinta la ineficacia y la nulidad, siendo que, el efecto de la ineficacia es dejar al afiliado libre para que pueda realizar su afiliación libremente, de tal suerte que el efecto no es que se retrotraigan las cosas al estado inicial, pues ello es propio de las nulidades. Mencionó que en gracia de discusión, al retrotraer las cosas a su estado inicial y aplicar el artículo 1746 del Código Civil, la demandante debería restituir los rendimientos financieros porque es como si nunca se hubieran causado, al igual que los gastos de administración que sí deben ser devueltos, configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la parte actora. Señaló que las obligaciones de tracto sucesivo, como los gastos de administración no son susceptibles de restitución, aunado a que se afectarían derechos de terceros como los de la aseguradora.

Por su parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia proferida, indicando que si bien la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el deber de información debe ser aplicado indistintamente a todos los procesos, lo cierto es que esa obligación ha evolucionado, de tal forma que para el momento del traslado de la demandante, no existía el deber de realizar una comparación o simulación de las pensiones entre los régimen pensionales, pues para esa data era imposible prever las condiciones necesarias para realizar el cálculo de la pensión. Señaló que la demandante de manera libre y sin presiones, firmó el formulario de afiliación al fondo privado. Solicitó que se estudie la situación de la actora, toda vez que no contaba con una expectativa legítima para pensionarse en el RPMPD, pues para el 01 de abril de 1994, no tenía el mínimo de semanas, ni edad requeridas para ser beneficiaria del régimen de transición. Argumentó que a pesar de que se acepte que el fondo no brindó información a la accionante al momento del traslado, lo cierto es que, ello se vio saneado con el transcurrir del tiempo, pues su vinculación al RAIS duró más de 20 años, sin ninguna objeción. Añadió que se afecta el principio de sostenibilidad

financiera, pues la entidad pública debe reconocer las futuras pensiones, por lo que es posible aplicar lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Por su parte, la demandante allegó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Mientras que COLFONDOS S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias SL2208-2021, SL2209-2021, CSJ SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 53 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 06 de agosto de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 05 de marzo de 2019 (Fls.45 y 47 a 48), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, ni siquiera había efectuado aportes al sistema general de pensiones (fls. 19), no encontrándose en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de febrero de 1997 (Fl. 20), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral que definen con criterio de autoridad esta problemática, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera

sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 20) plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme al cumulo de sentencias ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 26 de febrero de 1997 (fl. 20), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de*

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

Por otro parte, en el contexto de la afiliación al RAIS así verificada, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a diez (10) años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está invalidando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio del RPM al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, y como ya se indicó, con todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, sin importar que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

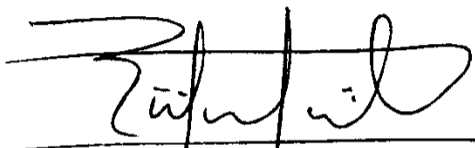
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

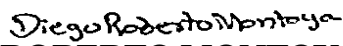
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOLYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROBINSON ALARCÓN ALARCON contra la AFP COLFONDOS Y COLPENSIONES. Rad 110013105-026-2020-00331-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida el 13 de julio de 2021 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

El señor **ROBINSON ALARCÓN ALARCON** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen a la Administradora de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. por vicios en el consentimiento donde se encuentra afiliado en la actualidad. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES recibirlo sin solución de continuidad como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Se ordene a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta individual con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, así mismo, que acepte el traslado de los dineros consignados en la cuenta individual por concepto de aportes a pensión con sus respectivos rendimientos.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 27 de septiembre de 1963. Se vinculó al RPMPD desde el 21 de enero de 1985 hasta el 24 de febrero de 1999 para un total de 210 semanas cotizadas tal como se evidencia en la historia laboral. El 24 de marzo del año 2000 realizó cambio de régimen pensional trasladándose a la AFP Colfondos hasta la fecha, todo lo anterior de acuerdo a su historia laboral, contando a fecha de presentación de la demanda con 1.185.43 semanas efectivas cotizadas a pensiones como se puede evidenciar de respuesta dada por la AFP COLFONDOS. Al momento del traslado de régimen pensional contaba con una estabilidad laboral toda vez que empezó a cotizar al sistema desde el año 1985 lo que evidenciaba que le permitiría cumplir con los requisitos del RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES. Que en una de las charlas organizadas por la AFP COLFONDOS en la empresa donde laboraba el actor, la cual dio lugar al traslado de régimen de pensiones, el asesor de la AFP informó que el régimen al cual él estaba afiliado iba a colapsar, que sería liquidado y que de continuar allí podía perder sus aportes, así mismo, informaron que en la AFP podrían recibir su mesada pensional a cualquier edad. Por otra parte, señalaron que obtendrían rendimientos por sus aportes a pensiones lo que les permitiría obtener una mesada pensional muy superior a la que pudiera obtener en el RPM, les indicaron que podrían optar por pensionarse o por retirar sus ahorros e invertirlos en lo que quisieran. Agregó que la AFP a la que está vinculado no lo asesoró de forma adecuada al momento del traslado, no realizaron un estudio pensional acorde a la realidad que le permitiera conocer cuál era la mejor opción de régimen pensional conforme a su historia laboral, perfil profesional, núcleo familiar y proyecto de vida. Que durante todo el tiempo en el que ha estado vinculado a la AFP, jamás recibió información o una asesoría personal que le permitiera tener conocimientos de su situación pensional en el RAIS. La AFP a la que está vinculado omitió el deber del buen consejo al no informarle que régimen le era más benéfico y sobre la prohibición de traslado entre regímenes pensionales cuando le faltare menos de diez años para cumplir la edad de pensión en el RPMPD omitiendo su deber como previsor del Sistema de Seguridad Social así como jamás se le informó sobre el monto de las cotizaciones ni los aportes voluntarios que tenía que realizar para obtener una mesada pensional conforme a los salarios devengados durante su vida laboral. Que la asesoría brindada por la AFP al momento del traslado careció de buen consejo por cuanto omitió informar al actor sobre los regímenes pensionales existentes; las diferencias entre uno y otro, las limitaciones y sus beneficios. Ad portas de la edad de pensión, acude a las oficinas de la AFP Colfondos solicitando información sobre su situación pensional acorde a las asesorías brindadas por la AFP y le informaron que su pensión sería de \$877.000 y es en ese momento cuando se da cuenta del engaño que fue víctima y que todos los beneficios indicados

por el asesor de la AFP Colfondos no se ajustaban a la realidad. Finalmente, seado que solicitó el traslado ante Colpensiones, lo cual fue negado (Expediente digital: 005. Memorial subsanación demanda, Fls. 2 a 29).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones sosteniendo que la parte demandante no probó causal alguna, además, debe tenerse en cuenta que la afiliación efectuada a ese fondo privado cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y Decreto 720 de la misma anualidad, advirtiendo que dicho actuar lo ratifica el formulario de vinculación No. 7390792 efectivo el 24 de marzo del año 2000. El demandante ejerció su derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 plenamente válido y no se evidencia la afirmación de vicio del consentimiento acaecido. Se opuso a que se ordene a Colpensiones en recibir al demandante sin solución de continuidad ya que no se puede presumir que el traslado efectuado es como si nunca hubiese nacido dentro del ordenamiento jurídico con base en el formulario de vinculación de fecha de 24 de marzo del año 2000 firmado por el actor, el cual no fue tachado ni se demostró una ilegalidad sobre el mismo, al contrario, fue ratificado por la misma en los hechos del libelo de la demanda y por consiguiente se da por sentado que el contrato firmado por las partes cumple con todos los presupuestos y requisitos legales para su existencia y validez jurídica acorde a lo establecido en el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 720 de 1994 Art.12. Presentó como excepciones de mérito, las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (Expediente digital: 008. Contestación demanda. fls. 3 a 16).

A su turno, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas argumentando para tal efecto, que sí brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RAIS del cual venía afiliado en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que

puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento. Asimismo, se le dio a conocer al actor la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual, además de indicarle acerca de los parámetros propios de dicho régimen para el cálculo de las prestaciones económicas propiamente en lo que respecta a la pensión de vejez la cual presenta diferencias respecto de la pensión en el RPMPD. En consecuencia y al contar el demandante con una información, clara, cierta, completa y precisa frente a las características propias de los regímenes pensionales, le llevó de manera libre, voluntaria y espontánea a trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el mismo régimen del cual veía afiliado, lo que conlleva a afirmar que no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado de administradora de fondos de pensiones. Presentó como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Expediente digital: 011.Contestacion Demanda Colfondos, Fls. 3 a 22).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS. Condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Condenó a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Finalmente condenó en costas a COLFONDOS.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis que, la AFP accionada no probó el deber de información para con el demandante, pese a que se aportó copia del formulario de afiliación que da cuenta que efectivamente el demandante lo suscribió en el mes de marzo del año 2000, sin embargo, anotó que de dicha suscripción no se desprendía ninguna circunstancia de modo, tiempo y lugar de como sucedió la afiliación del demandante, solo da cuenta de que efectivamente lo firmó, pero no se acredita ninguna otra circunstancia, sin que en el interrogatorio de parte el actor

haya indicado conocer la información requerida. En cuanto a que el demandante no era un afiliado lego en su totalidad teniendo en cuenta que era profesional, consideró que Colfondos y Colpensiones debieron haber acreditado dicha circunstancia, es decir, debieron haber acreditado que para el año 2000, el demandante en virtud de su profesión, la cual no tiene relación alguna con el sistema de seguridad social, tenía conocimiento de efectivamente las diferencias entre uno y otro régimen, lo anterior teniendo en cuenta que el actor si bien manifestó que conocía los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media, también indicó que tuvo conocimiento de dichos requisitos con posterioridad al año 2000, es decir, Colfondos no realizó una debida asesoría para que el actor tuviera conocimiento entre cuales eran las diferencias entre uno y otro régimen, cómo se pensionaría en el régimen de ahorro individual, cuáles eran las modalidades de pensión y qué factores o que variables se tenían en cuenta para hallar el monto de su mesada pensional, carga de la prueba de la incumbencia del fondo de pensiones, lo cual no aconteció en el caso bajo estudio. Así las cosas encontró procedente declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, acotando con relación a la excepción de prescripción, que se trataba de un tema íntimamente ligado con la construcción de un beneficio pensional, de modo que no operaba.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia. La parte demandante presentó alegatos en procura de que se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias SL2208-2021, SL2209-2021, CSJ SL5174-2021, CSJ SL5205-2021,

SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Al expediente digital se aportó copia de la cédula de ciudadanía del demandante (002. ANEXOS_10_11_2020, 10_08_27 a. m. págs. 5-6), donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de septiembre de 1963, por lo que cumpliría 62 años el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 14 de julio de 2020 (pág. 15), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 153 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: 008. Contestación demanda. Pág. 18) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 24 de marzo de 2000 (Exp. Digital: 002. ANEXOS_10_11_2020, 10_08_27 a. m. Pág. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación

del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, y en modo alguno se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: 002. ANEXOS_10_11_2020, 10_08_27 a. m. pág. 21), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de marzo de

2000), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelto el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

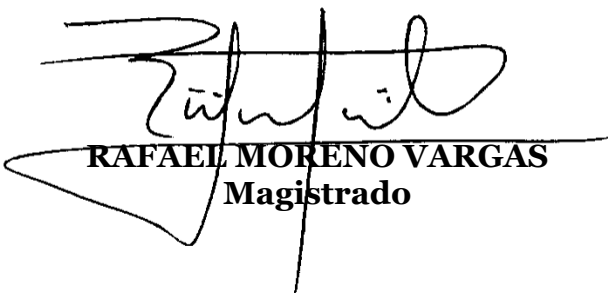
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por AIDA YOLANDA GOMEZ CARDENAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-026-2021-00085-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 07 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **AIDA YOLANDA GOMEZ CARDENAS**, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. a trasladarla junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por Colpensiones, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada, sin solución de continuidad en el RPMPD; más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 18 de febrero de 1964 por lo cual a la fecha de presentación de la demanda contaba con 56 años de edad. Realizó cotizaciones para pensión al extinto Instituto de Seguros Sociales

desde el 24 de octubre de 1991 hasta el 17 de noviembre de 1991. Fue trasladada del RPMPD hacía el RAIS mediante formulario de afiliación diligenciado el 15 de febrero de 1995 con Cesantías y Pensiones COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. Para la fecha en la cual se produjo el traslado de régimen pensional, no reunía el requisito de permanencia de tres años en el RPMPD que se encontraba establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. El formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A., fue diligenciado de manera incorrecta como «vinculación inicial» cuando se trataba de un traslado de régimen pensional, ya que la demandante se encontraba afiliada al RPMPD. En el formulario de afiliación se consignó como nombre o razón social del empleador a Oficopy Ltda, sin embargo, no aparece la firma del empleador en este formulario. No se le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RPMPD al cual se encontraba afiliada. Así mismo, no se le advirtió de manera oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS y compararlos con las condiciones del RPMPD al cual se encontraba afiliada, no se le advirtió de manera oportuna que al realizar el traslado de régimen no tendría derecho al bono pensional según lo dispone el parágrafo del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, por cuanto había cotizado menos de ciento cincuenta semanas al extinto ISS. Arguyó que no se le informó de manera clara y por escrito del derecho a retractarse de que trata el artículo 3 del decreto 1161 de 1994. Por solicitud de fecha 01 de diciembre de 1999 fue afiliada a Protección S.A. según se evidencia en el historial de vinculaciones del sistema de información de administradoras de fondos de pensiones – SIAFP. Colfondos S.A. no le proporcionó a la actora una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS. Posteriormente fue afiliada a Horizonte, hoy Porvenir S.A. mediante formulario de fecha 28 de agosto de 2006. Dicha entidad no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS. Fue afiliada a Horizonte, hoy Porvenir S.A. mediante formulario de fecha de 28 de agosto de 2006. Horizonte no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS. La actora fue afiliada a Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección S.A. mediante formulario de fecha 16 de abril de 2007. La entidad no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS. Para la fecha en la cual se realizó la afiliación al RAIS, los asesores de las administradoras de fondos de pensiones demandadas no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba así como tampoco

fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de que ella cumpliera 47 años de edad a través de una comunicación dirigida al último domicilio que se tenía registrado y de la publicación por una sola vez de un aviso en un diario de amplia circulación nacional como lo disponía la circular externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria. A la fecha de presentación de la demanda se encontraba afiliada en pensiones obligatorias a Protección S.A. Que el 20 de noviembre de 2020 solicitó a Colpensiones tenerla como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia recibir de Protección S.A. el total del capital acumulado por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, así como toda la información laboral e incorporarla en la historia laboral de la entidad. En respuesta a la anterior reclamación, Colpensiones manifestó que no es posible activar ninguna afiliación al RPMPD como tampoco recibir los aportes realizados en la AFP. De igual modo, solicitó a las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR y PROTECCIÓN anular su afiliación al RAIS, lo cual fue negado manifestando que no es procedente acceder a la solicitud. La última de las mencionadas, le indicó que tendría derecho a una posible devolución de saldos por cuanto no reuniría los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez. No obstante, señala que se pensionaría por vejez en el RPMPD administrado por Colpensiones con una mesada por valor de \$3'242.403 (Expediente digital: 001. DEMANDA Y ANEXOS. Pág. 01 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. manifestó su oposición parcial a las pretensiones, declaraciones y condenas, manifestando que aunque la afiliación es completamente válida y esta entidad obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al RPMPD, esta entidad no se opondrá a tal decisión y en consecuencia bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional con sus respectivos rendimientos siempre y cuando esta decisión no le implique a esta entidad algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesorio como por ejemplo una eventual condena en costas. Anotó que única y exclusivamente cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos, toda vez que a la fecha no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales, por lo tanto, resultaría materialmente imposible trasladar sumar de dineros inexistentes. Aclaró también que no es jurídicamente viable trasladar los aportes y saldos de la cuenta de ahorro

individual sin que exista una entidad del sistema de seguridad social de pensiones que reciba al demandante como afiliada en este caso es Colpensiones, en ese sentido, hasta tanto Colpensiones no apruebe el traslado, esta entidad no lo puede hacer efectivo. Consideró que el traslado de afiliados entre entidades administradoras de pensiones o de régimen pensional procede únicamente cuando el afiliado ha radicado ante la administradora seleccionada, es decir ante Colpensiones, un formulario de vinculación. Esta nueva administradora solicita la aprobación del traslado a la antigua y una vez esta lo apruebe, la antigua administradora enviará a la nueva los aportes de información del afiliado. En todo caso, el traslado para ser aprobado debe reunir los requisitos previstos por la ley. No propuso excepciones de fondo (Expediente Digital: 004. CONTESTACION DE LA DEMANDA Págs. 03 a 18).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que en atención a que en el traslado realizado por la actora al RAIS al Fondo de Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., en el año de 1995, según el material probatorio allegado con el escrito de demanda no se observa algún tipo de vicio en el consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo puesto que dicho traslado se dio de manera libre y voluntaria por parte de la demandante, por ello, dicha vinculación goza de plena validez en la actualidad, más aún cuando se observa vinculaciones horizontales a los fondos de pensiones Colfondos S.A. en el año 1999, a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. en el año 2006 y a la AFP Santander hoy AFP Protección S.A. en el año 2008, conducta que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS por parte de la demandante. Dado que la actora realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que no fue constreñida a trasladarse del RPMPD administrado en ese entonces por el ISS. De este modo su afiliación es completamente válida, por esta razón, no es posible acceder a recibir los aportes de la demandante. Agregó que la demandante en la actualidad cuenta con 57 años de edad, razón por la cual, debe ceñirse a lo dispuesto por el artículo 2, literal e de la Ley 797 de 2003, el cual restringe el traslado de régimen de los afiliados cuando se encuentran dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez. Formuló como excepciones de fondo las 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» (Expediente digital: 005. CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES 06.05.2021. Págs. 02 a 13).

A su vez, la **AFP PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, en la medida que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Además, si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Así las cosas, se debe señalar que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. En este orden de ideas, sostuvo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen. Propuso como excepciones las 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», (Expediente Digital: 011. 2021-085 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR J26 2021 085. Págs. 01 a 23).

A su vez, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, toda vez que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que el formulario de vinculación suscrito por la señora AIDA YOLANDA GOMEZ CARDENAS, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección y un acto válido y existente. Propuso como excepciones 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» y «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» (Expediente Digital: 013. 2021-085 Contestación Protección. Págs. a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 07 de septiembre de 2021, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante. Condenó en costas a la actora.

Para arribar a las anteriores conclusiones, señaló, en síntesis que, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente. Que desde el inicio ha correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos de declarar el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito, precisando, que la acción de suscripción del formulario afiliación es insuficiente toda vez que se debe demostrar un consentimiento informado y que la carga de la prueba le incumbe a los fondos de pensiones. Advirtió que en el caso en concreto la demandante suscribió formulario de afiliación el 15 de febrero de 1995 trasladándose al fondo de pensiones Colmena, descartando que no se haya cumplido con el tiempo mínimo de permanencia establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la demandante desde el momento de la afiliación al RPMPD en el año 1991 hasta el mes de octubre de 1995, es decir, tenía más de cinco años desde la última cotización hasta el momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colmena. Respecto a la falencia indicada en el sentido que no se encuentra la suscripción del formulario de afiliación por parte del empleador, consideró que esa irregularidad no genera una nulidad o ineficacia del traslado, máxime que la voluntad la expresó la demandante al suscribir el formulario de afiliación. Respecto al consentimiento debidamente informado de la suscripción de los formularios de afiliación, expuso que quien debe acreditar el consentimiento es la parte demandada, en este caso los fondos de pensiones y para tal caso pues siempre se evacua los interrogatorios de parte los cuales los demandantes explican las circunstancias de modo, tiempo y lugar en los cuales ocurrió los correspondientes traslados, en este caso, fueron 4 traslados de la demandante o 4 firmas de formularios de la demandante a los distintos fondos del

régimen de ahorro individual. Que en muchos casos los demandantes dicen que no recuerdan algunas circunstancias pero siempre recuerdan aproximadamente lo que sucedió al momento de la afiliación del formulario de afiliación, pero que en este caso, la demandante desde un inicio de los interrogatorios manifestó que no recuerda ninguna de las suscripciones de los formularios que están firmados por ella, sin dar a entender cómo ni por qué ni donde los firmó, ni quien se los pasó ni por qué ella está afiliada a esos fondos, lo cual es contradictorio con lo dicho en la demanda por parte de su apoderada judicial, toda vez que de allí sí se desprende que si hubo cierta información y que si bien no se puede desprender toda la información, si se desprende que hubo información. En ese orden aludió al hecho séptimo, del cual consideró que sí se le brindó alguna información, toda vez que la misma apoderada dice que no fue clara, completa y suficiente, advirtiendo que quien debe analizar la suficiencia de la información brindada al momento de la afiliación, era la juzgadora, quien analiza debidamente la información o los datos suministrados con el fin de establecer si fueron suficientes o no para que el consentimiento se encuentre debidamente informado. Que en este caso la apoderada judicial dice que fue una información insuficiente, de lo cual consideró no se trataría de una negación indefinida, sino que por el contrario se afirmaría que efectivamente si hubo una cierta afirmación. Señaló no entender como la apoderada judicial manifiesta que no se le proporcionó una asesoría profesional, clara y completa cuando la misma demandante en su interrogatorio de parte dijo que no recuerda cómo sucedieron realmente los hechos, es decir, no recordó si efectivamente en 1995 de pronto hubo o no hubo un asesor que le pudiera explicar las características propias del régimen de ahorro individual, máxime cuando los hechos de la demanda se indicó que los asesores no estaban capacitados, en el hecho 16 se indica que los asesores de la administradora del fondo de pensiones no se encontraban capacitados para realizar una debida asesoría, es decir, que del dicho de la demandante y de los hechos afirmados en la demanda, no existe certeza si efectivamente se le brindó una información o una asesoría toda vez que la demandante manifiesta que no recuerda, máxime que el despacho también le preguntó si ella le había manifestado a su apoderada judicial que no recordaba ninguna circunstancia de cómo fueron las afiliaciones, ella manifestó que si, pero su apoderada judicial indicó que como ya se dijo que no hubo una asesoría suficiente, completa y oportuna que pudiera comprender los requisitos y condiciones del RAIS, es decir, que pudo haber una asesoría. También señaló el Despacho que según los hechos de la demanda, a la demandante no se le informó lo del derecho al retracto pero en el hecho noveno se desconoce si efectivamente hubo una información por lo menos verbal de que la demandante podía retractarse dentro del término oportuno, pero la demandante no recuerda, lo cual no significa de modo alguno que no se le haya brindado dicha

información, solamente dice que no recuerda, no sabe o reitera en múltiples ocasiones que no recuerda. En consecuencia consideró la A quo, que en el presente asunto no se puede aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia toda vez que en este caso la carga de la prueba sí le incumbía a la parte demandante, máxime que no pueden tratarse de unas negaciones indefinidas cuando la demandante dice que no recuerda ninguna circunstancia, es decir, ella no sabe ni cómo sucedieron los hechos, no sabe si de pronto le informaron alguna característica para poder analizar si la misma fue suficiente o no, no recuerda si le informaron que podía retractarse y no recuerda ninguna circunstancia de cuatro traslados. En consecuencia, consideró extraño que la demandante no recuerde ninguna de las suscripciones de sus formularios de afiliación, pero para la presentación de la demanda si recordó algunos datos, recordando que de conformidad con el artículo 193 del CGP, las partes pueden confesar por intermedio de apoderado judicial, lo cual se configuró en el presente asunto, pues la demandante confesó por intermedio de su apoderado judicial que si hubo una asesoría. Con concluyendo de este modo, que efectivamente si se brindó una asesoría a la actora respecto de las condiciones propias del régimen de ahorro individual, las diferencias con el RPMPD y que no existe un elemento de juicio en el cual se pueda establecer que efectivamente la asesoría no fue clara, suficiente, oportuna y eficaz por cuanto el simple dicho de la apoderada judicial o la simple valoración efectuada por la apoderada judicial, no era suficiente para emitir una sentencia en la cual se condene a las demandadas a declarar una ineficacia del traslado. Así mismo le advirtió a la demandante que en caso de que en la demanda se hayan presentado afirmaciones que no le manifestó a su apoderada judicial, puede acudir ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial quien investiga a los abogados cuando incurren en algún tipo de falta respecto a sus clientes, en este caso si la demandante como lo dijo en su interrogatorio de parte afirma que le indicó a su apoderada judicial que no recordaba ninguna circunstancia, esto puede ser investigado por dicha entidad teniendo en cuenta que en la demanda se afirman cosas totalmente diferentes.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante apeló la decisión argumentando en primer lugar que, en cuanto a la cláusula de retracto es importante mencionar que el artículo 3 del decreto 1161 de 1994 establece expresamente que se le debió informar de manera clara y por escrito a la afiliada acerca del derecho que le asiste de retractarse de la afiliación dentro de los 5 días siguientes de manera que no es posible al no encontrarse un escrito en donde se le informe la cláusula de retracto, llegar a la conclusión de que la señora pudo haber sido informada de manera verbal acerca del derecho a retractarse pues es que el decreto 1261 de 1994 es muy claro, la

exigencia es que se le haya informado de manera escrita acerca del derecho a retractarse. Que la conclusión de la a quo es equivocada en el sentido de informar que pudo haber recibido esta información de retracto de manera verbal, pero como la demandante afirmó no recordar entonces no se tiene por demostrado el incumplimiento de ese deber establecido en el Decreto 1261 de 1994. En segundo lugar, señaló que, si bien la actora manifiesta no recordar haber recibido información al momento en que se realizó el traslado del régimen pensional, ello no quiere decir que sea una situación extraña o que el Despacho pueda concluir que esto le parece muy extraño pues se trata de un traslado de régimen pensional que sucedió en el año 1995, luego concluir que esto es extraño y que no puede ser de esta manera o que la demandante está faltando a la verdad en el interrogatorio de parte por el hecho de no recordar pues tampoco resulta una conclusión adecuada. Señaló que en los hechos 5 y 7 de la demanda, se informó que a la actora no le fue proporcionada información, así comienza el enunciado de estos hechos 5 y 7 de la demanda, de ello no se puede deducir que si recibió alguna información por el hecho de que en la segunda parte de este enunciado se hubiera complementado diciendo información profesional clara, completa y suficiente, siendo claro que se trata de una negación, también se informó que no se le había proporcionado a la señora información completa, clara y suficiente y oportuna y de ello no es posible deducir, que de pronto si se le pudo haber brindado algún tipo de información. De otra parte, manifestó que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia pues han sido muy claras en el sentido de indicar que la carga de la prueba la tienen las administradoras de fondos de pensiones y ello es así porque quien tenía la obligación de suministrarle a la demandante una asesoría profesional, porque además son quienes se dedican de manera profesional a esta labor y tienen todo el conocimiento y las herramientas suficientes para brindarle a sus afiliados esa asesoría. Que el hacer una inversión de la carga de la prueba en contra de la demandante por el hecho de no recordar, por no tener presente que hubiera un asesor que le diera esa información resulta desproporcionado y no tiene ningún asidero jurídico, pues es claro a quien le correspondía ese deber de ser diligente es precisamente quien tiene que probar el cumplimiento de esa obligación. Que no necesariamente se trata de fundamentar esa carga de la prueba con los artículos 1604 del Código Civil referente a que se trata de una negación indefinida, sino que es necesario tener en cuenta que a quien le asistía ese deber, quien debía ser diligente en suministrar la información, tiene que probar el cumplimiento de ese deber que le asigna la ley, motivo por el cual consideró que es excesivo y no tiene ningún fundamento jurídico el invertir la carga de la prueba. Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionante presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno Colpensiones alegó peticionando la confirmación del mismo.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (001. DEMANDA Y ANEXOS. Pág. 168), donde se registra como fecha de nacimiento el 18 de febrero de 1964, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de esta anualidad, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 de noviembre de 2020 (Págs. 177-181), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años de edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 3,57 semanas de cotización (GRP-SCH-HL-66554443332211_1971-20210427101558), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de febrero de 1995 (Pág. 202), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCION, antes COLMENA.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 15 de febrero de 1995, Pág. 202, plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCION, Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos, contrario a lo que concluyó la a quo. Lo anterior, sumado al hecho que no es posible concluir que se le haya dado información suficiente de la demanda como lo esgrimió la a quo, pues incluso hay contradicción al afirmar igualmente que sí hubo cierta información, pero como se ha dicho la información no puede ser parcializada, sino completa.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCION omitió en el momento del traslado de régimen (15 de febrero de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la*

Sala ha adocrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional quedando la demandante debidamente

afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la aquí demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, todo debidamente indexado (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 SL1689-2019 y más reciente CSJ SL5280-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primer grado a cargo de las accionadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **AIDA YOLANDA GOMEZ CARDENAS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- ante la AFP **COLMENA**, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 15 de febrero de 1995; y, como consecuencia de ello, se ordena a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con

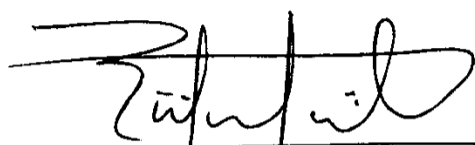
sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, todo debidamente indexado, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA CECILIA QUINTERO BARREIRO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS Rad. 110013105-029-2019-00775-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 02 de julio del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA CECILIA QUINTERO BARREIRO** pretende se declare la ineficacia del traslado realizado el 29 de septiembre de 1998 al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías -Porvenir S.A., y con este, el traslado efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -Protección S.A. el 22 de febrero de 2001 y el de PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de la situación personal, como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en

virtud del regreso automático, y así, se ordene su regreso a COLPENSIONES con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral, al igual que el bono pensional que haya a lugar, haga parte de sus afiliados y se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas, así como lo que resulte extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que realizó cotizaciones al RPMPD administrado por el Instituto de Seguro Social –ISS hoy COLPENSIONES a partir del 01 de noviembre de 1991, adujo que se trasladó del RPMPD a PORVENIR S.A. el 29 de septiembre de 1998. Informó que, se trasladó de la AFP PORVENIR S.A. a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 22 de febrero de 2001, luego se trasladó de la AFP SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001. Expresó que los asesores comerciales no le brindaron información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, manifestó que, se trasladó con posterioridad al año 2005 al RPMPD donde realizó cotizaciones, adujo que, COLPENSIONES trasladó sus aportes al RAIS, sin aviso alguno realizado. Finalmente señaló que, nació el día 22 de noviembre de 1959 y PORVENIR S.A. le realizó una simulación pensional en donde evidenció como la mesada pensional sería ostensiblemente superior en el RPMPD. Respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, indicó que, radicó Derecho de Petición en Colpensiones, solicitando el traslado, pero obtuvo respuesta negativa (Fls. 20-29).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, argumentando que la parte actora gozó de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y segundo, que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda. Propuso como excepciones de fondo las de «Prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 46-52).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que no se

allegaron pruebas que sustenten la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen, indicando que se cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó dicho traslado de régimen pensional. Manifestó que la afiliación en el RAIS es totalmente valida y en consecuencia de ello, no hay lugar a realizar el traslado de capital ni vinculación alguna a COLPENSIONES, que tampoco existe obligación del reconocimiento pensional por parte del RPMPD explicando que al estar vinculada al RAIS su reconocimiento pensional se debe realizar bajo ese régimen. Propuso como excepciones previas las 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». (Fls. 78-96).

A su turno, la **AFP PROTECCION S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que el formulario de afiliación suscrito alegado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, fue realizado en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, por tanto, éste tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., en el que se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Reiteró que, dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento y respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituyó una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCIÓN S.A. y un acto valido y existente. Como excepciones de mérito presentó 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», «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» e «innominada o genérica» (Fl. 104).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de julio del 2021, declaró la ineficacia del acto de traslado de la actora, del RPMPD al

RAIS, realizado a través de PORVENIR S.A., condenó a esta última a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandada y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPMPD, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. Absolvió en lo demás.

Para arribar a tal conclusión, consideró la A quo, en síntesis, que no encontró generada ineficacia alguna por el aspecto temporal, por contravención de los términos mínimos de permanencia, procedió a estudiar si el acto de afiliación se encontró viciado por infracción a los deberes de información, asesoría y buen consejo, respecto a ello explicó que, con base en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones legales pertinentes se han indicado parámetros para cumplir con el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones desde la expedición de la Ley 100 de 1993 para que así se brinde la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, y que la misma firma planteada en los formularios no es prueba suficiente de un consentimiento informado para tener la información completa y que de igual manera le corresponde al fondo al que se encuentra afiliada la accionante donde se debe comprobar que se cumplió con el deber que le asistía al momento del traslado de régimen pensional. Mencionó que se ha venido legislando respecto de las obligaciones en cabeza de los fondos encargados de administrar las pensiones pasando de un deber de información a un deber de asesoría y de buen consejo hasta llegar al deber de doble asesoría, resaltando que para el año en que se hizo el traslado de la actora ya existía ese deber de información y en voces de la Corte ese deber era la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, es decir, que de manera general se debía ilustrar para los potenciales afiliados de las características generales de cada uno de los regímenes indicándoles entonces los requisitos con que

se pensionan en cada uno de ellos y explicando la modalidad para que los afiliados puedan entender y conocer los regímenes de cada uno de ellos y así se pueda tomar una decisión. Consideró que en efecto no se demostró que a la accionante se le haya ilustrado sobre los regímenes pensionales y al estar viciado el primer traslado del RAIS, no tienen validez los actos que de él deriven, pues la decisión de escogencia de Régimen no implica en principio la ratificación de la decisión del cambio de Régimen, lo que conllevaría a modificar el sentido de los derechos profesionales. Finalmente, en lo relativo a los gastos de administración, precisó que las administradoras de fondos deben asumir los deterioros del bien administrado y por lo tanto deben ser devueltos.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia señalando que, para la fecha de firma de la vinculación de la demandante con la AFP realizada en el año 1998, la única documental que se requería para la época era el formulario de afiliación. Mencionó que si bien, según la Corte Suprema de Justicia, el deber de información ha existido desde los inicios de las administradoras, este deber ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo que a lo largo de los años ha incrementado las exigencias impuestas a las administradoras, por lo que consideró que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que la demandante ejerció su derecho a la libre elección, se encontraban vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del mismo año, los cuales determinaban que las administradoras debían brindar una información necesaria, enfocada a evitar una coacción en la escogencia de régimen y lo cual no se comprobó en el presente asunto, agregó que incluso la demandante confesó haber tenido una asesoría previa en cada una de las vinculaciones en donde le indicaron características propias del régimen de ahorro individual. Por último, aseguró que no comparte lo decidido frente a los gastos de administración, toda vez que los frutos dados por la administración de los aportes se dieron con ocasión a la afiliación de la demandante, más aún cuando se tiene que la demandante nunca se afilió a PORVENIR.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión ratificando sus pedimentos. Las demandadas guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 02 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de noviembre de 1959, por lo que cumplió 57 años el

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida COLPENSIONES el 26 de septiembre de 2019 (fl. 03), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 21,57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (CD fl. 45), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 06 de abril de 1998 (fl. 53), específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral que definen con criterio de autoridad esta problemática, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que

tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen, el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 53) plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por

la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (06 de abril de 1998, fl. 53), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a menos de diez (10) años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

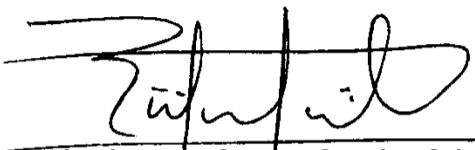
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

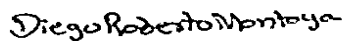
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LIBIO ARMANDO CABARCAS FERNANDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-033-2019-00727-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.** contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LIBIO ARMANDO CABARCAS FERNANDEZ** promovió demanda ordinaria en la que pretende se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la omisión de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A.**, del deber de información, habiendo incurrido en engaño, error y asalto en su buena fe. En consecuencia, se declare que su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPMD, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS, ahora **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los electos legales. Se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de sus aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del

traslado del régimen, gastos de administración, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS. Así entonces, se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES, y por ello, a inscribir, sin solución de continuidad, su afiliación como si nunca se hubiere ido del mismo. Se condene a lo extra y ultra petita, costas y agencias de derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 16 de noviembre de 1960, manifestó que se afilió por primera vez al RPMPD administrado por el ISS el 01 de agosto de 1986. Informó que en mayo 1998 prestaba sus servicios personales al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF. Manifestó que PORVENIR S.A., promovió su traslado de régimen por intermedio de su asesor comercial, sin informarle ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional, omitiendo aspectos tan importantes como las ventajas y desventajas de ambos regímenes, ofreciéndole respaldo y solidez en el grupo financiero -GRUPO AVAL al que pertenecía el aquel fondo de pensiones. Expresó que el 05 de septiembre de 2019, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, bajo el radicado 2019_11935074, obteniendo respuesta negativa el 05 de septiembre de 2019. Finalmente señaló que solicitó a PORVENIR S.A. la entrega de todos los documentos que acrediten la asesoría dada para fundamentar su traslado de régimen, y esta le respondió de forma negativa su reclamación advirtiéndole que la presentación del producto se lo hizo únicamente de manera verbal (Fls. 04 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra argumentando para tal efecto, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Resaltó que no evidenció dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del accionante, al contrario, observó que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, no obstante, recalcó que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Formuló como excepciones de mérito las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad»,

«saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 69 a 88).

Mediante auto del 13 de agosto de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** al no haber sido presentada dentro de los términos legales (Fl.107).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 03 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de traslado al RAIS y con esto la afiliación realizada al demandante el 07 de mayo de 1998 por parte de PORVENIR S.A.; declaró que el accionante se encuentra afiliado de manera efectiva a COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro del actor a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que allá lugar y así, ordenó a COLPENSIONES recibir dichas sumas, así como activar la afiliación, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante. Finalmente, declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que al haberse efectuado la afiliación del demandante en el año 1998, la AFP tenía el deber de describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos; de igual manera la AFP debió suministrar los elementos para que el afiliado comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes; y pese a que la demandante suscribió formulario de afiliación y en el mismo se consigne una leyenda respecto a la voluntad del afiliado con la simple suscripción de la solicitud, del mismo no es posible acreditar que se dio una asesoría informada de la decisión tomada por la actora. Así las cosas, debían analizarse otros medios probatorios para determinar si en la realidad, el acto jurídico de cambio de régimen estuvo precedido de la ilustración mínima establecida por la ley. Concluyó así que, de las pruebas recaudadas, no era posible determinar que la AFP brindó la información necesaria y transparente para que la afiliación de la demandante al RAIS se haya realizado de manera libre y voluntaria, reiterando que el formulario de afiliación era insuficiente para determinar el tipo de información que la afiliada recibió, este implicaba únicamente que hay un consentimiento del usuario, pero el mismo no es informado. En ese orden, como la AFP no demostró que brindó la información necesaria y transparente al

demandante, había lugar a declarar la INEFICACIA del traslado entre regímenes y con las consecuencias anotadas en precedencia.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que, no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con el formulario de afiliación, por lo que traslado de régimen no fue ineficaz, como quiera que la decisión de afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, además, durante la afiliación, la actora tuvo claras las incidencias de sus derechos y prestaciones, tampoco presentó derecho de retracto y nunca presentó ninguna inconformidad en el fondo, y en consecuencia, PORVENIR S.A. realizó la debida administración de esos dineros depositados en la cuenta individual y ha cumplido con su labor de administración, prueba de ello son los rendimientos de la cuenta y de ser devueltas estas sumas se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa.

A su vez, el apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque el fallo proferido toda vez que, de realizarse el traslado se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, además de pasar por alto una prohibición legal de trasladarse en la que la demandante se encuentra inmersa. Explico que, si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia impuso a las administradoras el deber de buen cuidado, los afiliados también tienen obligaciones y de ellas no se puede alegar el desconocimiento como excusa para no cumplirlas. Mencionó que la AFP cumplió con los requisitos normativos de la época para realizar el traslado y de dejar sin efectos dicho traslado se menoscabaría la naturaleza subsidiada de COLPENSIONES, ya que los aportes no siempre cubren las pensiones, y ellos afectaría el interés general sobre el particular.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo de contestación, solicitando se revoque la decisión proferida. De otro lado, la parte demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Si bien la parte actora, a pesar de ser su deber mínimo, no aportó la prueba del nacimiento en aras de demostrar la edad, se pudo observar en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, según el documento de identificación mostrado, que allí se registra como fecha de nacimiento el 15 de noviembre de 1960, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 05 septiembre de 2019 (Fl. 23), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos

de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 225 semanas de cotización al RPMPD (Fl.34), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 07 de mayo de 1998 (Fl. 54), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias ya referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisonal se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 07 de mayo de 1998, (Fl. 54), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (07 de mayo

de 1998), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

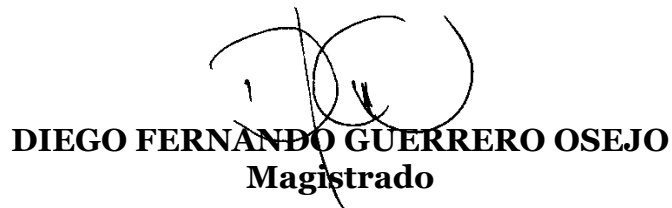
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RICARDO MAURICIO REINA ECHEVERRI contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-034-2019-00444-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes demandadas COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de agosto de 2021. Así mismo, se revisará la aludida decisión en el Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **RICARDO MAURICIO REINA ECHEVERRI** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad que se declare que HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. asesoró equivocadamente al accionante al afiliarlo a dicha entidad y trasladándolo de CAJANAL hoy COLPENSIONES. Se declare que OLD MUTUAL igualmente lo asesoró equivocadamente al trasladarlo de PORVENIR S.A. a OLD MUTAL. Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del traslado suscrito entre HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y el accionante. Se ordene a OLD MUTUAL el traslado del accionante a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad para que sea COLPENSIONES quien defina su situación pensional. Finalmente se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 08 de marzo de 1962, que inició su vida laboral cotizando en el ISS hoy COLPENSIONES y que en el RPMPD cotizó un total de 225.71 semanas y que en toda su vida laboral ha cotizado 1.201,86 semanas. Manifestó que según la historia laboral, el 12 de febrero de 1996 se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES A HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Indicó que la razón del traslado fue la asesoría pensional efectuada por dicho fondo, la cual se basó en ofrecer una mesada pensional más alta en dicha entidad frente a la pensión que recibiría al momento de llegar a la pensión de vejez en el ISS. Adujo que a la fecha de su traslado, devengaba un ingreso mensual de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como consta en la historia laboral; que el 26 de marzo se trasladó de HORIZONTE a PORVENIR S.A. Expresó que el 3 de junio de 2003, se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL por la misma razón expresada anteriormente. Además de ello, OLD MUTUAL no lo asesoró respecto de la posibilidad de trasladarse al RPMPD establecida en la Ley 797 de 2003 y del Decreto 3800 de 2003, que facultó a los afiliados que les faltaren menos de 10 años para llegar a la edad de pensión de vejez; por otro lado, tampoco lo asesoró para poder devolverse al ISS antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión de vejez, así como tampoco tuvo en cuenta su historia laboral para realizar un estudio de la pensión probable. Además de ello, omitió asesorar sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario y cualquier otra clase de alternativa a fin de evitarle un detrimento de cara a su mesada en la pensión de vejez. Añadió que registra un ingreso base de liquidación que asciende a la suma de \$15.535.99 liquidados como establece el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Informó que no recibió ninguna asesoría pensional durante su vinculación a dichos fondos y que las promesas con las cuales lo trasladaron de tener una mayor mesada pensional no fueron cumplidas, que existe un vicio del consentimiento al momento de su traslado ya que fue engañado en su buena fe, dado que creyó en la promesa de un mayor beneficio pensional y que por lo tanto procedió a solicitar a COLPENSIONES el traslado donde mediante comunicación de 2 de abril de 2019 la misma rechazó el traslado (Expediente Digital: «01. 444-2019 (fls. 1-178)». Págs. 9 a 43).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no existen fundamentos de hecho o de derecho para la solicitud, dado que el acto jurídico sobre el cual se pretende la invalidación o nulidad se realizó con la observancia de todas las disposiciones legales existentes para la época, entre ellas el cumplimiento del deber de asesoría por lo cual no se encuentra viciado de nulidad. Manifestó que el traslado de régimen se dio en la medida en que

se efectuó con todos los requisitos de la ley 100 de 1993, mencionando que en el caso específico de obtener la declaratoria de nulidad del acto se debe demostrar que la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación del interesado, arguyendo que en dicho caso no se dan los presupuestos en medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente información del RAIS. Propuso como excepciones las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa», «innominada o genérica», «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones» y «debida asesoría del fondo» (Expediente digital: «01. 444-2019 (fls. 1-178)». Págs. 187 a 203.).

A su turno, **OLD MUTUAL, en adelante SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** contestó la demanda, argumentando que las afirmaciones realizadas por la parte demandante al aducir que se asesoró equivocadamente son subjetivas sin fundamento factico o jurídico frente a la información brindada por los asesores comerciales. Aclaró que la asesoría brindada se realizó con argumentos claros, precisos y suficientes de acuerdo a la normativa vigente al momento de su afiliación y que por lo tanto el demandante tomó la decisión de forma voluntaria de afiliarse así como consta en el formulario de afiliación y que por lo tanto no existe causa que active el traslado del demandante del RAIS al RPMPD. Mencionó que está dispuesta a trasladar a Colpensiones, los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos si así se ordena. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe» y «excepción genérica» (Expediente Digital: «01. 444-2019 (fls. 1-178)» Págs. 253 a 274).

Por su parte, **COLPENSIONES** dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando que la parte actora no acreditó que al momento del traslado se le haya hecho incurrir en un error, por falta al deber de información o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia anotación alguna que permita inferir que hubo inconformidad por parte del demandante y por el contrario se observa que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Recordó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado, consagrada en la Ley 797 de 2003 y no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede su traslado de régimen. Propuso como excepciones de mérito las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima

media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en orden público» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: «01. 444-2019 (fls. 1-178)». Págs. 297 a 334.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 17 de agosto de 2021, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen realizada por el demandante del RPMPD al RAIS, efectuado el 12 de febrero de 1996, a través de la afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y posteriormente el traslado a la AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS. En consecuencia, condenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Condenó a COLPENSIONES a recibir los valores que reintegre la AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, corresponde a las AFP demostrar que no hubo asimetría al momento de brindar información y por lo tanto deberán proveer a los jueces de todos los medios y pruebas que al momento del traslado el afiliado contaba con todos los elementos de juicio necesarios para efectuar su traslado de manera libre y voluntaria. Por otro lado, manifestó que el accionante alega que al momento de realizarse el traslado al RAIS las administradoras privadas demandadas omitieron intencionalmente brindarle la información suficiente en lo referente a las particularidades de cada uno de los regímenes; encontrando que se acreditó el traslado del RPMPD al RAIS con formulario que fue suscrito por el accionante el 12 de febrero de 1996 donde solicitó que fuera la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. quien se encargara de administrar sus aportes a pensión; igualmente, se observó el traslado suscrito el 03 de junio de 2003 solicitando su traslado horizontal a la AFP SKANDIA S.A. Precisó sin embargo, que los formularios de vinculación carecen de ilustración respecto a las condiciones precisas por medio de las cuales el accionante entraría a ser parte del RAIS ya que solo se ven datos generales, personales y laborales que no representan el concepto del traslado de régimen, observándose la falta de información donde se ve la omisión al deber de

proveer la información concreta. Igualmente, indicó que los fondos omitieron el compromiso debido por cuanto es allí con la entrega de su modelo pensional donde el afiliado puede verificar plenamente que aquella ilustración ofrecida de manera preliminar se torna suficiente. Concluyó que las AFP del RAIS omitieron suministrar información suficiente para que el accionante tomara una decisión de traslado de manera consciente respecto a las consecuencias jurídicas, además quedó probado que de forma irresponsable no se le realizó proyección de la expectativa pensional que conllevaría su traslado de régimen, circunstancia donde no se demostró que el actuar de los fondos privados hubiera sido diligentes como merece la gestión de las AFP resultando engañoso y sin buena fe. De este modo encontró viable acceder a la ineficacia de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, para que se revoque la sentencia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no debe declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS ni declarar la afiliación a COLPENSIONES en la medida que se pretende validar un acto que, no sólo fue valido sino que produjo efectos jurídicos tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones a su cargo, además de ello, realizó aportes voluntarios siendo beneficiario de beneficios tributarios como lo manifestó él mismo. Mencionó que la Sentencia CSJ SL4934 de 2020 y SL1061 de la CSJ existen actos y manifestaciones que permiten deducir que el afiliado prefirió seguir en RAIS. Además, mencionó que el accionante no reúne los requisitos legales para regresar al RPMPD por cuanto no está cobijado por el régimen de transición y por tanto no puede querer regresar en cualquier momento, debió haberlo hecho cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pues la solicitud fue elevada en el 2019 cuando estaba próximo a la edad requerida. Indicó que la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera, genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo; aunado a que el afiliado no está exonerado del deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos. Además, que de su elección dependerá su futuro pensional, la responsabilidad que se cause a los afiliados por cualquier error u omisión de los promotores de la AFP, no permite trasladar perjuicios a Colpensiones quien no intervino en la decisión del afiliado al

momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información de la doble asesoría que solo se estableció a partir del 2014. Solicitó que, en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se ordene a las AFP reintegrar la totalidad de cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas destinadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración; resaltó que el afiliado tenía conocimiento del RAIS pues realizó varios traslados horizontales a los fondos privados.

La accionada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, manifestando que para el momento del traslado no estaba en la obligación de brindar la asesoría con documentos como la proyección pensional o cualquier otro, sin embargo, se mostró en el proceso conforme con lo confesó el demandante, que se le brindaron documentos distintos al formulario de afiliación como lo ordenaba la norma en ese momento. Solicitó tener en cuenta que Porvenir siguió lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y a la Comunicación 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual exigía que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento y correspondiente formulario, tal como ocurrió en el asunto, de manera que cumplió con la totalidad de las obligaciones y la permanencia del demandante al RAIS que ha sido una decisión libre y voluntaria e informada que se ha ratificado en el tiempo. Mencionó que no es razonable decir que de la falta de información procede la ineficacia por una falta de consentimiento, por vicios en el mismo, toda vez, que se brindó asesoría oportuna donde se le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y sobre las condiciones pensionales tal y como se aprecia con la suscripción, no solamente del formulario con Horizonte sino posteriormente con Porvenir. Agregó que en este caso y conforme a la nulidad se da lo establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil en lo relativo al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática teniendo en cuenta que el accionante realizó aportes y traslados en el RAIS y de manera personal y voluntaria lo que sin lugar a dudas muestra que en el caso existe una voluntad de permanecer en el RAIS y que en caso dado de haber existido algún vicio del consentimiento, el mismo se ratificó con el paso del tiempo. Además, hizo referencia a la sentencia SL3752 de 2020 y la SL 1061 de 2021, según las cuales coloca de presente los actos de relacionamiento en los cuales incurre el accionante conforme se hace el traslado entre fondos privados, no solamente de Horizonte a Porvenir sino en ocasiones de Porvenir a Skandia, donde se tiene en cuenta que Skandia es el fondo en el cual se encuentra actualmente. Mencionó que no se puede aducir que haya faltado al deber de

información obligándola a aportar documentos que para la época no eran obligatorios teniendo en cuenta que esto nace a partir de la Ley 1748 de 2014, que entra en vigencia el 26 de diciembre de 2014, precisando que con anterioridad a esa norma la mayoría de las asesorías se brindaban de manera verbal, razón por la que la proyección de la mesada pensional se tuvo que haber dado de manera verbal en el momento del traslado inicial. Reiteró que no se observa que haya faltado al deber de información en el momento del traslado del régimen pensional y, por el contrario, cumplió con la totalidad de las normas dispuestas para el momento del traslado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionadas PORVENIR y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. El demandante solicitó que se confirme la sentencia; SKANDIA guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre

esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 08 de marzo de 1962 (Exp. Digital: «01. 444-2019 (fls. 1-178)», pág. 45), por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante las petición elevada ante COLPENSIONES el 02 de abril de 2019 (Pág. 86-87), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas contaba con 191 semanas (Exp. Digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_1611-20190925102602». Págs. 15 a 31), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de febrero del año de 1996 (Exp. Digital: «01. 444-2019 (fls. 1-178)». Pág. 217), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias antes citadas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para

la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Pág. 217), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

Es claro que de acuerdo con las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (12 de febrero de 1996, Pág. 217), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado.

En este orden de cosas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (12 de febrero de 1996, pág. 217), el deber de información

para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad

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

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de

casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

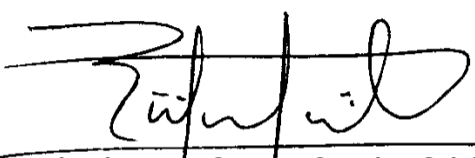
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

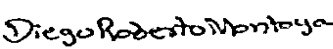
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
 Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RUTH MARINA ROJAS RAMIREZ contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-035-2019-00686-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **RUTH MARINA ROJAS RAMIREZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES aceptar su afiliación, junto con los valores que deberá entregar la AFP PROTECCIÓN, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos. Finalmente, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que cotizó en el Instituto de Seguros Sociales-ISS hasta el 01 de noviembre de 1995, momento en el que se trasladó al RAIS, por medio de la AFP PROTECCIÓN, entidad que no le brindó una información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias entre uno y otro régimen, ni las desventajas o inconvenientes del RAIS, aunado a que no le realizó una proyección pensional. Explicó que el 01 de julio de

2011 se vinculó a la AFP OLD MUTUAL, sin embargo, regresó a la AFP PROTECCIÓN, el 01 de julio de 2014. Agregó que el 10 de septiembre de 2019 elevó petición ante COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen, empero, la entidad negó su pedimento (Exp. Digital: 01. 2019-686, págs. 8 a 31).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que no se allegó prueba alguna de que la AFP haya hecho incurrir en error a la demandante, ni de la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Manifestó que la actora no dejó constancia de su inconformidad en las solicitudes, al contrario, suscribió de manera voluntaria el formulario, sin constreñimiento alguno. Explicó que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, por lo que no se puede efectuar su traslado, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 792 de 2003. Como excepciones de fondo, formuló 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», «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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 2019-00686-00 EXPEDIENTE CONSOLIDADO Y NUMERADO, págs. 200 a 233).

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante fue un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento, pues suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, de acuerdo al artículo 11 del Decreto 692 de 1992. Expresó que el formulario de vinculación tiene la naturaleza de un contrato, por lo que surgieron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes, aunado a que, se trata de un documento en el que consta que la actora entendió y aceptó los efectos legales del traslado de régimen. Mencionó que la demandante decidió continuar afiliada al RAIS y no trasladarse al RPMPD, pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo. Arguyó que para que un acto jurídico sea inexistente debe carecer de uno de los elementos esenciales del acto, esto es, la voluntad o consentimiento, el objeto y la solemnidad; sin embargo, la afiliación de la demandante reúne todos los elementos para ser un acto existente. Agregó que la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la

obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «prescripción», «falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones», «innominada o genérica», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS», «inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS» (Exp. Digital: 10. Contestación y anexos Ruth Marina Rojas, págs. 1 a 20).

Mediante auto del 02 de diciembre de 2020, el A quo ordenó integrar al litisconsorcio necesario por pasiva a la **AFP SKANDIA S.A.** (Exp. Digital: «11. 2019-00686 AUTO VINCULA Jn»). Por lo anterior, una vez notificada, la **AFP SKANDIA S.A.** contestó la demanda, argumentando que el formulario suscrito por la demandante acredita su voluntad libre de afiliarse al fondo privado. Señaló que el formulado de vinculación de la demandante cumple con los requisitos del Decreto 1833 de 2016, de forma que tiene completa validez. Manifestó que no se acreditó que no se haya suministrado a la accionante, las características, ventajas y desventajas del RAIS. Indicó que la demandante ya había estado afiliada en la AFP PROTECCIÓN, de lo que se infiere que estaba a gusto con su permanencia en el RAIS y tenía conocimiento sobre dicho régimen. Propuso como excepciones de mérito, las de «Buena fe», «genérica», «prescripción», «cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación» y «pago» (Exp. Digital: 15. CONTESTACION RUTH MARINA ROJAS RAMIREZ).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 14 de octubre de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la accionante, finalmente, condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión, lo cual debe ser probado por las Administradoras de Fondos de Pensiones. Precisó que, la AFP tiene la carga de demostrar que brindó la información suficiente para salvar la asimetría entre un afiliado lego y un administrador experto. En ese orden, estimó que la demandante no es un afiliado lego, porque aquella aceptó que se desempeña en una compañía de

seguros donde tiene un contacto cercano con las pensiones de quienes en el RAIS obtén por la opción de pensionarse por medio de una aseguradora, es decir que en su función de coordinadora, necesariamente debe conocer lo relacionado con el sistema pensional. Manifestó que el precedente jurisprudencial protege a los afiliados legos, pues no es dable reconocer la ineficacia de la afiliación de una persona que no detenta esa calidad, a sabiendas de que lo que está en juego son los recursos de Colpensiones. Añadió que la demandante desplegó actos de relacionamiento, al haber efectuado traslados horizontales, pues conocía el funcionamiento del sistema pensional. De otra parte, señaló que no se puede hablar de un perjuicio causado a la accionante, toda vez que se desempeña en un área que le permitía conocer el funcionamiento del sistema pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte actora, formuló recurso de apelación, indicando que no existió un consentimiento informado por parte de la demandante. Aclaró que el hecho de que la accionante haya dicho que trabaja en Seguros Bolívar en un área del tema pensional, no la convierte en experta en pensiones. Arguyó que existen elementos probatorios que dan cuenta que a la demandante no se le entregó información clara y veraz al momento del traslado. Aseveró que se cumplen los requisitos que exige la jurisprudencia para efectuar el traslado de la demandante. Aseguró que en la actualidad, si bien la accionante en sus últimos años ha laborado en Seguros Bolívar, lo cierto es que, en la época del traslado no estaba vinculada a esa entidad. Agregó que la demandante jamás ocultó información sobre su trabajo y con transparencia manifestó no conocer mayor cosa sobre el tema pensional, pese a que la AFP debió brindarle esa información.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Al expediente digital se aportó copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (01. 2019-686, pág. 7), donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de marzo de 1967, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES, el 10 de septiembre de 2019 (01. 2019-686, págs. 33 y 34), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 117.29 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: 05. GRP-SCH-HL-66554443332211_1701-20200206114502) por lo que no se

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de octubre de 1995 (Exp. Digital: «10. Contestación y anexos Ruth Marina Rojas», pág. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia

de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: «Exp. Digital: 10. Contestación y anexps Ruth Marina Rojas», pág. 21), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos, sin que tenga incidencia el hecho que trabaje en una compañía aseguradora del área de pensiones,

pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, máxime cuando para esa data, aquella no se encontraba laborando en el área de pensiones de la aseguradora.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (25 de octubre de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición, que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; precisándose, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, todo debidamente indexado– (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 SL1689-2019 y más reciente CSJ SL5280-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primer grado a cargo de las accionadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

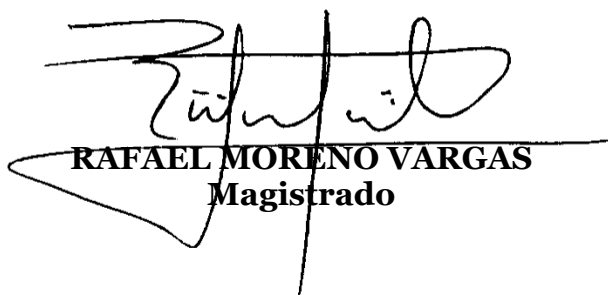
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **RUTH MARINA ROJAS RAMIREZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS- ante la AFP **DAVIVIR**, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 25 de octubre de 1995; y como consecuencia de ello, se ordena a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, todo debidamente indexado, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el retorno de la accionante al **RPMD** y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOLYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DIANA GARCIA MOSQUERA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-039-2019-00369-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DIANA GARCIA MOSQUERA** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidad –RAIS- efectuado ante la AFP PORVENIR, por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente. En consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR y a la AFP COLFONDOS trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación y aceptar el traslado

de todos sus aportes. Finalmente, se condene al pago de costas procesales y agencias en derecho, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de junio de 1963 e inició a cotizar en el ISS desde noviembre de 1991. Adujo que en agosto de 1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación con PORVENIR, momento en el que no recibió la información adecuada acerca de las ventajas y desventajas, ni las diferencias entre los regímenes pensionales. Manifestó que en agosto de 1998, trasladó sus aportes a ING, hoy PROTECCION, no obstante, retornó a PORVENIR hasta junio de 2005 cuando se afilió a la AFP COLFONDOS. Añadió que en mayo de 2006 se afilió nuevamente a PORVENIR S.A., mientras que en julio de 2006, cambió a ING, hoy PROTECCIÓN y finalmente en noviembre de 2009 decide vincularse a PORVENIR S.A. Explicó que el 26 de abril de 2019, radicó reclamación ante COLPENSIONES en la que solicitó declaratoria de la nulidad del traslado a la AFP y reactivación de la afiliación al RPMPD desde la fecha del traslado, no obstante, la entidad negó su pedimento. Agregó que mediante derecho de petición elevado el 26 de abril de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. una copia de los documentos en los que constara la afiliación y la información brindada, copia de la historia laboral con los aportes realizados, así mismo, una proyección del monto de la mesada pensional en los dos regímenes pensionales, petición que fue resuelta el 16 de mayo de 2019 (Exp. Digital 01Folio1A91 Págs. 1 a 36.)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y eficaz por lo que no existe justificación legal para que se declare la nulidad. Agregó que la afiliación constituye un acto jurídico plenamente valido, emanado de la voluntad de la demandante y del cual nacieron obligaciones, por haber sido una decisión libre y voluntaria. Mencionó que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Señaló que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la

existencia de error, fuerza o dolo. 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» y «traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir» (Exp. Digital: 02Folio92A198, Fls. 43 a 61).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal fin que, la afiliación fue producto de una decisión libre de presiones y engaños. Aseveró que se debe acreditar la falta del deber de información, con la finalidad de determinar si procede o no la nulidad solicitada. Adujo que se debe tener en cuenta la permanencia ininterrumpida de la actora en RAIS, aunado a que, no se probó la existencia de una conducta dolosa que impidiera o atentara contra el derecho de afiliación de la demandante. Como excepciones de mérito, formuló las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica». (Exp. Digital: 02Folio92A198, Págs. 115 a 136).

De otro lado, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, mencionando que, no existe prueba alguna de que a la accionante se le hubiese hecho incurrir en un error por falta al deber de información por parte de las AFP y tampoco la existencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se observó nota de protesta que permitiera inferir inconformidad por parte de aquella, contrario sensu, la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria sin constreñimientos o presiones indebidas. Arguyó que la actora, no cumplió con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Como excepciones de mérito, formuló las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia

de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica». (Exp. Digital: 02Folio92A198 Fls 140 a 174.)

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, el traslado de la demandante se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993. Mencionó que la accionante al momento de afiliarse al RAIS, se sometió a todas sus características y condiciones de manera libre, voluntaria y espontánea, sin coacción alguna. Adujo que el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, lo que permite deducir que no existió coacción al momento del traslado. Expresó que la actora esta válidamente afiliada al RAIS, por tanto no hay lugar al traslado de los conceptos pretendidos, incluidos los gastos de administración. Propuso 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», «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». (Exp. Digital: 14SubsanacionContestacionDDAColfondos20210811 (02SubsanaConts) Págs. 1 a 14.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 05 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado al RAIS de la demandante a través de PORVENIR S.A. de fecha 01 de agosto de 1995. Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que obran en la cuenta de la demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración que recibió durante el periodo de afiliación. Igualmente, ordenó a PROTECCION transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que recibió desde el 01 de julio de 1998, hasta el 31 de diciembre de 1999, del 1 de julio de 2008 hasta el 31 de octubre de 2009,

debidamente indexados. Asimismo, ordenó a COLFONDOS transferir al RPMPD las sumas de dinero recibidas por gastos de administración durante la afiliación de la actora. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros y a reactivar la afiliación de la accionante al RPMPD sin solución de continuidad.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993, señala que la selección de uno de los regímenes debe ser libre y voluntaria, además de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha dicho que las AFP tienen la obligación de suministrar una información que permita al afiliado tener en consentimiento informado, de forma que pueda elegir sobre todas las opciones. Adujo que sólo se allegaron dos formularios de PROTECCIÓN y uno de COLFONDOS, mientras que el de PORVENIR está ausente, precisando que tales documentos tienen datos generales. Estimó que los formularios de afiliación no demuestran que la información que se dio a la demandante fue suficiente para dar por cumplido el deber de información. Manifestó que no se logró demostrar que las demandadas hayan cumplido con la carga que le asistía, esto es, garantizar que la demandante tuviera un consentimiento informado. Frente a los actos de relacionamiento, mencionó que, pese a que no se desconoce que se hicieron múltiples afiliaciones, lo cierto es que ni siquiera se allegaron algunos de los formularios de afiliación como para reconocer esas afiliaciones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** formuló recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, argumentando para tal efecto que se trasgrede el principio de seguridad jurídica, pues se le restó valor probatorio al formulario de afiliación, documento que para el momento de la afiliación, constituía plena prueba de la existencia y validez del acto, aclarando que para esa data no era obligatorio documentar las asesorías. Aseveró que antes del traslado de régimen, la demandante recibió información completa y oportuna sobre las implicaciones de su decisión. Manifestó que en esta clase de procesos, no se exige un esfuerzo probatorio mínimo a la parte actora, logrando que incluso, a una profesional del derecho con más de 30 años de experiencia no se le exija un mayor cuidado en la

toma de la decisión que llevo a su traslado de régimen pensional. Señalo que en la decisión no se valoró lo manifestado por la actora, al afirmar que conoce las características básicas del RAIS, así como que su pensión se vería beneficiada por los rendimientos que se generarían a partir de las inversiones que realizaría el fondo privado. Indicó que se debe tener en cuenta que para la época del traslado de la actora, aquella trabajaba en la Sala del Tribunal Administrativo en la especialidad laboral, por lo cual, debía tener un conocimiento básico sobre los regímenes pensionales, circunstancia que equivale a lo dispuesto en el artículo 97 del decreto 663 de 1993, es decir, que no se requiere que la persona sea experta sino que tenga nociones básicas que le permitan entender el funcionamiento de los régimen. Mencionó que para aplicar el precedente jurisprudencial, se deben atender las particularidades de cada caso, de forma que se debe valorar la información con la que contaba el afiliado al momento de vincularse al RAIS, así como su conducta. Resaltó que la demandante se trasladó 8 veces y en cada una de esas oportunidades pudo cambiar de régimen pensional. En caso de confirmar la decisión, solicitó no ordenar el traslado de los gastos de administración, por tratarse de un descuento autorizado por la ley, que no buscan financiar la pensión. Aclaró que es contradictorio permitir que la actora conserve los rendimientos financieros generados por la buena gestión del fondo, mientras que se exige la devolución de los gastos de administración. Agregó que el traslado de emolumentos cuando se efectúa un traslado está regulado por el artículo 7 del Decreto 3935 de 2008, norma que no enuncia los gastos de administración. Adujo que en caso de que se condene a la devolución de gastos de administración se debe tener en cuenta la prescripción. Finalmente, solicitó se absuelva del pago de costas, toda vez que actuó de buena fe y de acuerdo a la ley.

Por su parte, la apoderada judicial de **PROTECCION** apeló la sentencia de manera parcial, argumentando que, las cuotas de administración son un descuento legal que se realiza en ambos regímenes, aunado a que, se trata de dineros generados por los rendimientos que obtuvo la demandante y que no están llamados a financiar la mesada pensional. Mencionó que la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre estuvo afiliada al RAIS, por lo que, sólo se debería ordenar el traslado de los aportes y rendimientos financieros, en atención a las restituciones mutuas, pues con la devolución de gastos de

administración se causa un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones. Indicó que los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno y por el contrario generaron rendimientos durante los periodos que estuvo vinculada. Finalmente, solicitó que se aplique la prescripción a las cuotas de administración, toda vez, que no están destinados a la financiación de la mesada pensional.

La apoderada judicial de **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación parcial en contra de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, argumentando que obedecieron a un descuento legal. Esgrimió que se desconoce el principio de las restituciones mutuas restitución mutua, aunado a que, cuando la demandante se trasladó a HORINZONTE se enviaron los rendimientos financieros a esa AFP. Mencionó que los seguros provisionales fueron usados para cumplir con la exigencia legal de tener afiliada a la demandante a un seguro de invalidez y sobrevivencia, es decir, que los emolumentos fueron pagados a un tercero de buena fe. Aseguró que se causa un enriquecimiento sin justa a favor de Colpensiones y la demandante, toda vez que se ordena la devolución de los gastos de administración de manera indexada, desconociendo la gestión del fondo. Agregó que pese a que esos emolumentos podrían servir para financiar la pensión de la demandante, lo cierto es que al ser trasladados a Colpensiones, aquellos ingresan a un fondo común del que se benefician todos los afiliados al RPMPD.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, apeló la sentencia, argumentando que, no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento o falta de información por parte de las AFP. Aseveró que al momento de realizar el traslado de régimen pensional, la demandante estaba ejerciendo su derecho, luego de haber sido debidamente informada. Resaltó que aun cuando la demandante no se encontrara satisfecha con la información que recibió al momento del traslado, tuvo la posibilidad de solicitar y ampliar la información en varias ocasiones. Arguyó que la demandante es una profesional del derecho, por lo que no puede alegar un desconocimiento de la ley, máxime cuando los afiliados son consumidores financieros que deben informarse o si quiera solicitar información ante las entidades con las que suscriben contratos. Aclaró que el hecho de que la demandante no recuerde haber recibido información, no supone que aquella no

fue brindada, aunado a que, durante su afiliación al RAIS no presentó ninguna objeción o reclamación alguna, hecho que ratifica su voluntad de permanecer afiliada a dicho régimen.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron sus alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la

decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente administrativo aportado al plenario (GEN-ANX-CI-2019_5362237-20190425092402), obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de junio de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 25 de abril de 2019 (Exp. Digital: 01Folio1A91, pág. 48), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 19.15 semanas cotizadas al ISS (02HistoriaLaboral), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según la información registrada en el SIAFP de ASOFONDOS (03Vinculacion), acaeció el 07 de julio de 1995 ante PORVENIR S.A., sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntad de traslado.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes

alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación de la actora al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta la actora en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que refiere a la escogencia del régimen de la preferencia de la afiliada.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, siendo carga probatoria de la parte demandada verificar el suministro oportuno, claro y preciso de esta, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a PORVENIR S.A., a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en

manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió no sólo aportar el documento contentivo del acto de afiliación sino que, tampoco demostró que al momento del traslado de régimen (07 de julio de 1995), hubiese cumplido con el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de*

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

Y en lo que refiere a la procedencia de la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas y no hay lugar a su absolución como lo pretende PORVENIR en su alzada.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

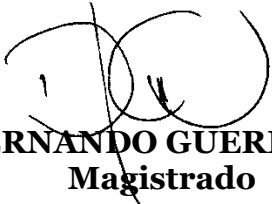
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

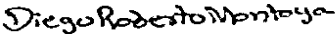
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.