



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DORA BARRETO GOMEZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.
Radicación: 09-2018-00710-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dora Barreto Gómez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, sea retornada sin solución de continuidad al RPMPD, con la consecuente devolución de todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos y rendimientos; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1º de febrero de 1982 hasta septiembre de 1997, fecha en la que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y con posterioridad a Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A. Refirió que no se le brindó información veraz debido a que le prometieron pensionarse a más temprana edad y con un monto mayor al que podría obtener en el RPMPD, es decir, no le presentaron información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión acerca de su perspectiva pensional. (Expediente digital, PDF 01, págs. 299 a 325)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01, págs. 103 y 104); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que la demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen y si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, también es cierto que si aquella decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado,

más aún cuando no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó como imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, 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, 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. (Expediente digital, PDF 07ContestaciónReformaColpensiones)

3.2. AFP Skandia S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo, aduciendo que la actora había estado afiliada a AFP Porvenir S.A., por lo cual ya tenía conocimiento previo sobre el funcionamiento del RAIS, así como sus ventajas, características y demás componentes del régimen pensional. Indicó que la información y asesoría suministrada se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS del cual hace parte esta Sociedad Administradora, y teniendo en cuenta las características del caso individual de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la actora se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo, 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 de la acción y de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y la genérica. (Expediente digital, PDF 09ContestaciónReformaSkandia)

3.3 AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Refirió que no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 22ContestaciónReformaPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional y, en tal virtud, condenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ordenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron, así

mismo, dispuso a esta última a recibir las sumas que le sean trasladadas por las AFP y abonarlos al fondo común que administra, convalidando la historia laboral de la demandante. Por último, gravó en costas únicamente a la AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisiva citó el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que el traslado de régimen pensional debe estar precedido de un consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, estando en cabeza de la AFP el deber de información, por tanto, la decisión debe ser libre y voluntaria. Indicó que la afiliada debe conocer los riesgos y beneficios de cada uno de los dos regímenes, sin que la firma del formulario acredite el cumplimiento de este deber. Bajo ese horizonte, se adentra al análisis probatorio y evidenció la falta de medio de convicción tendiente a demostrar el cumplimiento del deber de información, lo que le imponía declarar la ineficacia del traslado.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no existen elementos que acrediten que se vició el consentimiento o la existencia de dolo en la afiliación al RAIS, toda vez que no había una expectativa legítima de pensión para la actora. Refirió que de conformidad con la sentencia con radicado núm. 201687 del 17 de enero del 2017, la simple manifestación de inconformidad con respecto a la mesada pensional por sí sola no constituye plena prueba del engaño. Por último, solicitó que se deben adicionar los valores correspondientes a los seguros previsionales y los gastos de administración que deben ser girados por las AFP codemandadas.

6. Alegatos de conclusión. La **demandada AFP Porvenir S.A.** alegó en su favor aduciendo que la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento medio probatorio que evidencia la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Dora Barreto Gómez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de diciembre de 1980, con cotizaciones hasta el 7 de diciembre de 1983, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien con posterioridad se afilió a AFP Porvenir S.A. el 12 de agosto de 1997, según formulario de vinculación 00933752 y se trasladó a Skandia S.A. el 30 de marzo de 2009, con la suscripción del formulario núm. 496363, entidad donde está actualmente. Debe acotar la Sala que, si bien se dijo en la demanda que la actora realizó cotizaciones a dicha entidad hasta septiembre de 1997, lo cierto es que en el plenario aquello no encuentra demostración, pues no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ello ocurrió, y en esa medida, solo se tiene lo registrado en la historia laboral que emitió Colpensiones, esto es que efectuó cotizaciones hasta la citada calenda.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 7 de diciembre de 1983, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1º de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 12 de agosto de 1997, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos regímenes pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1º de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS

con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 1 de diciembre de 1980, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**" (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).*

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**" (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 1 de diciembre de 1980 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 12 de agosto de 1997 a la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada,***

el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 12 de agosto de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "*la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen*".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede

predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 12 de agosto de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos emolumentos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR los numerales 2º y 3º de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán de la siguiente forma:

"SEGUNDO. CONDENAR a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar debidamente indexado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Dora Barreto Gómez, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar debidamente indexado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Dora Barreto Gómez, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.”

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NÉSTOR GABRIEL HERNÁNDEZ BAYUELO
Demandados: COLFONDOS S.A. Y OTRAS
Radicación: 16-2020-00386-01
Tema: INEFICACIA DEL TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Néstor Gabriel Hernández Bayuelo instauró demanda ordinaria laboral contra Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS y, en consecuencia, continúa afiliado al RPDM, debiendo por tanto los fondos privados realizar el traslado de los aportes recibidos, bonos pensionales y sus correspondientes rendimientos; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que en el mes de marzo de 1998 fue trasladado del ISS hoy Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. y posteriormente en diciembre del año 2001 a Colfondos S.A. Sostuvo que fue engañado para que se vincule al RAIS, debido a que le brindaron información incorrecta e incompleta, al punto que no le informaron sobre las ventajas o desventajas de realizar el cambio de régimen pensional (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación realizada por el demandante en ambas AFP goza de plena validez, toda vez que no observa que hubiese sido obligado o engañado para realizar el traslado de manera libre y voluntario. Como excepciones propuso las que denominó como inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y genérica. (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónDemandaColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado del régimen pensional al RAIS fue completamente válido debido a que estuvo precedido por asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información

pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 05ContestaciónDemandaPorvenir)

3.3. Colfondos S.A. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que la afiliación realizada al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administraría sus aportes, siendo éste de su elección. Precisó que los asesores brindaron al afiliado asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal y de igual modo le brindó la debida asesoría sobre las características del RAIS. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónDemandaColfondos)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de octubre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado al RAIS que tuvo lugar el 23 de febrero de 1998 ante la AFP Porvenir S.A. y el traslado horizontal que realizó el 19 de diciembre del 2001 a Colfondos S.A. En tal virtud, condenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, incluyendo todos los valores recibidos por cotizaciones, réditos, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, condena que extendió a AFP Porvenir S.A., respecto al periodo de tiempo en que estuvo afiliado el promotor del proceso y en relación con todos los recursos correspondientes al valor total de las cotizaciones efectuadas y que no hayan sido trasladados a Colfondos S.A., como gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora. Por último, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisiva indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, precisando que no se puede predicar su saneamiento por el paso del tiempo respecto de las omisiones en que se ha incurrido cuando se efectúa el traslado de régimen y no se cumple con el deber de información. Indicó que en la primera etapa va enmarcada en la ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, porque a partir de la Ley 1748 de 2014 se exige la doble asesoría. Destacó que no existe medio probatorio tendiente a demostrar que el actor fue suficientemente informado al momento del traslado, por lo que debía declarar la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorros con destino a Colpensiones.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación respecto a la decisión de las costas en el proceso, considerando que fungió entre la relación jurídica que nació entre las AFP privadas y el demandante, como un tercero, de ahí que no había lugar a su imposición.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que debe prevalecer el precedente jurisprudencial vertical y horizontal que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral y este Tribunal que han declarado ineficaz el traslado, cuando quiera que las administradoras de fondo de pensiones han omitido o incumplido con su obligación

de suministrar información suficiente al afiliado, al momento en que se efectúa el traslado de régimen pensional.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que la afiliación del actor se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento medio probatorio que evidencia la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación.

6.3. Colpensiones. Adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿Colpensiones debe ser exonerada del pago de costas procesales?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibídem*. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Néstor Gabriel Hernández Bayuelo se afilió al ISS hoy Colpensiones a partir del 8 de marzo de 1990, con cotizaciones hasta el 30 de agosto de 1998, quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 23

de febrero de 1998, a AFP Horizonte S.A. el 17 de julio de 2002 y a Colfondos S.A. el 19 de diciembre de 2001, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 23 de febrero de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión

de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. en el año 1998, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del

traslado de régimen pensional inicial del 23 de febrero de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o varía la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha

dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR al numeral 2º de la sentencia proferida el 3 de octubre del 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar debidamente indexado la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a **COLPENSIONES**. Incluyendo todos los valores recibidos por cotizaciones, réditos, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, y en general, todos los recursos que haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Condena que se hace extensible a la AFP PORVENIR S.A. respecto estrictamente del periodo de tiempo en que estuvo afiliado el demandante a ese fondo privado, y en relación con todos los recursos correspondientes al valor total de las cotizaciones efectuadas y que no hayan sido trasladados a la AFP COLFONDOS S.A. como gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, debidamente indexado."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMEN STELLA NONSOQUE MORENO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 33-2021-00598-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmen Stella Nonsoque Moreno instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir y afiliar a el RPMPD, como si nunca se hubiera traslado y a la AFP privada devolver las sumas de dinero que se encuentren en la cuenta de ahorro individual junto con las cuotas de administración debidamente indexado y rendimientos causados; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar en el ISS hoy Colpensiones desde el 18 de marzo de 1985 hasta el 31 de marzo de 1995, fecha en la que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría encontrar en el RPMPD y sin brindarle información clara, verídica y eficaz (Expediente electrónico, PDF 02Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05SoporteNotificación); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error debido al deber de falta de información por parte de la AFP, o que se estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, máxime cuando no obra nota alguna de protesta que permitiera inferir que hubo inconformidad, por el contrario, observó que la afiliación se encuentra sujeta a derecho y se hizo de manera libre y voluntaria. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como 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 la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia

al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS se realizó mediante una afiliación de forma informada, libre y voluntaria que estuvo precedida de una asesoría útil, completa y consciente de tal forma que, tal y como era exigido por la normatividad vigente al momento de la vinculación, con la misma le fue suministrada de manera clara, suficiente, veraz y completa la información requerida para el entendimiento de las características del régimen, consolidándose así la voluntad y el ánimo real y consciente de la parte demandante para trasladarse al régimen. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 22ContestaciónReformaPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de octubre de 2022, en que el fallador declaró la ineficacia del traslado realizada al RAIS, por tanto, declaró que la actora se encuentra actualmente afiliada a Colpensiones. En tal virtud, ordenó a AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en las cuentas de ahorro individual, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir el traslado de los valores establecidos y gravó en costas únicamente al fondo privado.

Para arribar a tal decisión se adentra al estudio de los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 63 de 1993, artículo 12 del Decreto 2720 de 1994 y Decreto 692, y con ello precisó el deber que tienen las AFP de brindar la correspondiente información al futuro afiliado, por lo que consideró que no podría argüirse que existe manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación. Bajo ese norte, estimó que el fondo privado no logró demostrar que suministró información a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información requerida, lo cual estaba en cabeza del mismo, de ahí que debía declarar ineficaz el traslado de régimen.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme lo anterior, interpuso recurso de apelación resaltando que para el año 1995 estaba en vigencia la Ley 100 de 1993, según la cual, la aceptación libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen pensional se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, el cual es suficiente para probar la voluntad del afiliado. Refirió que la carga de la prueba en cabeza de la AFP se convierte en objetiva, sin que se le exija a la demandante aportar tendiente a demostrar la existencia de vicio del consentimiento. Estimó que es un tercero que no puede resultar afectado ni favorecido con la decisión del A quo, máxime cuando la actora permaneció más de 25 años en el RAIS, sin expresar inconformidad, de manera que de mantenerse la ineficacia la entidad resultaría lesionada.

5.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamentos de su alzada esbozó que, si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos imputables a las faltas del deber de la información, tampoco es menos cierto que la Corte ha declarado que está solo resulta

aplicable de manera diferenciada, según los supuestos fácticos a los que se exige similitud, situación que no se presenta, en tanto que la demandante se afilió por su propia cuenta y permaneció durante más de 25 años sin queja alguna.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que según, la normatividad aplicable para el momento de la suscripción del formulario de afiliación ante AFP Porvenir S.A., se requería únicamente la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se manifestaba a través de su suscripción, lo cual en este asunto se dio con plenitud.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de

enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Carmen Stella Nonsoque Moreno se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 18 de marzo de 1985, con cotizaciones hasta el 2 de marzo de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad, quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 14 de febrero de 1995, mediante la suscripción del formulario núm. 00470192, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 14 de febrero de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial

afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos**

financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 26 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BLANCA ROCÍO ALBARRACÍN CAMERO
Demandados: COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 33-2022-00122-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Roció Albarracín Camero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, y, en consecuencia, se condene al fondo privado a entregar o restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado; que Colpensiones reciba como afiliada a la demandante sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliada en el ISS hoy Colpensiones desde el 4 de septiembre de 1989 y hasta el 6 de abril de 1994, fecha para la cual fue trasladada al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. Indicó que el traslado no se realizó de manera libre y voluntaria, en tanto que no se le brindó la debida información en ese momento. (Expediente electrónico, PDF 02Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 06SoporteNotificación); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error debido al deber de falta de información por parte de la AFP, o que se estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, máxime cuando no obra nota alguna de protesta que permitiera inferir que hubo inconformidad, por el contrario, observó que la afiliación se encuentra sujeta a derecho y se hizo de manera libre y voluntaria. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como 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 la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia

al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, prueba de ello se encuentra el formulario de vinculación firmado por la actora de forma libre y espontánea, solemnizado de esta forma la afiliación, mismo que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generan derechos y obligaciones. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. . (Expediente electrónico, PDF 05ContestaciónProtección)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS, por ende, encontrándose actualmente afiliada de manera efectiva a Colpensiones. En tal virtud, ordenó a la AFP Protección S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en las cuentas de ahorro individual, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir los citados valores y gravó en costas al fondo privado.

Para arribar a tal decisión se adentra al estudio de los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 63 de 1993, artículo 12 del Decreto 2720 de 1994 y Decreto 692, y con ello precisó el deber que tienen las AFP de brindar la correspondiente información al futuro afiliado, por lo que consideró que no podría argüirse que existe manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación. Bajo ese norte, estimó que el fondo privado no logró demostrar que suministró información a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información requerida, lo cual estaba en cabeza del mismo, de ahí que debía declarar ineficaz el traslado de régimen.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme lo anterior, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación resaltando que para el año 1995 estaba en vigencia la Ley 100 de 1993, según la cual, la aceptación libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen pensional se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, el cual es suficiente para probar la voluntad del afiliado. Refirió que la carga de la prueba en cabeza de la AFP se convierte en objetiva, sin que se le exija a la demandante aportar tendiente a demostrar la existencia de vicio del consentimiento. Estimó que es un tercero que no puede resultar afectado ni favorecido con la decisión del A quo, máxime cuando la actora permaneció más de 25 años en el RAIS, sin expresar inconformidad, de manera que de mantenerse la ineficacia la entidad resultaría lesionada.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la AFP no demostró haber cumplido con las disposiciones legales que lo obligaban a brindar suficiente información e ilustración de los regímenes pensionales existentes, de conformidad con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que según, la normatividad aplicable para el momento de la suscripción del formulario de afiliación ante AFP Porvenir S.A., se requería únicamente la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se manifestaba a través de su suscripción, lo cual en este asunto se dio con plenitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibídem*. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Blanca Rocío Albarracín Camero se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 4 de septiembre de 1989, con cotizaciones hasta el 17 de mayo de 1993, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad; quien se trasladó a Pensiones y Cesantías Colmena hoy AFP Protección S.A. el 6 de abril de 1994 y con posterioridad a esta última el 13 de septiembre de 2020, mediante la suscripción del formulario núm. 8827592, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 17 de mayo de

1993, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Pensiones y Cesantías Colmena hoy AFP Protección S.A. que tuvo ocurrencia el 6 de abril de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 4 de septiembre de 1989, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"*(Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.*** (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación

definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 4 de septiembre de 1989 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 6 de abril de 1994 a Pensiones y Cesantías Colmena hoy AFP Protección S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión

de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a Pensiones y Cesantías Colmena hoy AFP Protección S.A., esto es, 6 de abril de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir

que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la

AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 30 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



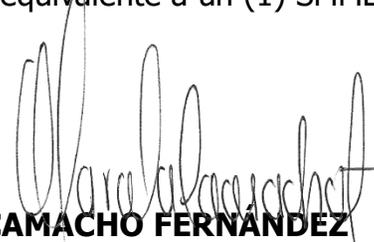
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA HELENA MORENO MORENO
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Radicación: 40-2021-00133-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Helena Moreno Moreno instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS y, en consecuencia, se ordene su afiliación al RPMPD, con la consecuente devolución de los aportes pensionales con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración debidamente indexados; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó en calidad de afiliada al ISS hoy Colpensiones a partir del 4 de mayo de 1990 con aportes hasta el 30 de noviembre de 1998, ya que en el mes de enero de 1999 firmó formulario de afiliación al RAIS, mediante engaños y en tanto que no se brindó la correspondiente información sobre las consecuencias que tendría por el traslado de régimen pensional.

(Expediente electrónico, PDF 08SubsanaciónDemanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 15DiligenciaNotificaciónAdmisiónDemandaANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio presentó oposición a las pretensiones argumentando que la actora debe demostrar el engaño que aduce sufrió, así como la falta de información de los funcionarios de la AFP codemandada. Observó de las documentales aportadas por la demandante que el formulario de afiliación fue suscrito por aquella bajo la gravedad de juramento, mismo en el que se encuentra la manifestación expresa de que realizó el traslado de manera libre y voluntaria, por tanto, su vinculación al RAIS se efectuó con el lleno de los requisitos legales, al punto que en las oportunidades legales no manifestó su deseo de retractarse. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, imposibilidad de condena en costas y genérica. (Expediente electrónico, PDF 17ContestaciónDemandaColpensiones)

3.2. Colfondos S.A. En auto calendarado 6 de junio de 2022, el Juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda. (Expediente electrónico, PDF 24AutoCalificaFijaFecha)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de noviembre del 2022, en la que el fallador declaró la ineficacia de traslado efectuado a Colfondos S.A. y, en tal virtud, ordenó a ésta trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con el bono pensional, rendimientos generados y causados, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos. Ordenó que los conceptos deberán aparecer discriminado con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, así mismo, dispuso a Colpensiones a aceptarla en el RPMPD sin solución de continuidad, con la consecuente corrección de su historia laboral conforme los dineros trasladados por el RAIS. Por último, gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisiva indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia y según lo previsto en los artículos 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y 1604 del Código Civil, así mismo, en el Decreto 663 de 1994, las AFP están en la obligación de brindar información completa, suficiente y necesaria a los futuros afiliados para que estos puedan tomar una decisión libre y espontánea teniendo conocimiento de los riesgos que implica la decisión de cambio de régimen pensional. Esbozó que el simple hecho de que el demandante hubiese firmado el formulario de afiliación no satisface ni prueba el deber de información, por lo que luego de analizar los medios probatorios estimó que la AFP no logró demostrar que haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni allegó pruebas de haber brindado la información, de ahí que debía declarar ineficaz el traslado de régimen pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** presentó recurso de apelación esgrimiendo que la decisión tomada en primera instancia se fundamentó en que quedó acreditado que el traslado de régimen pensional que efectuó la actora estuvo precedido de vicios del consentimiento; sin embargo, contrario a ello, se observa en las documentales que la afiliación cumple con los parámetros legales y por ello se tiene que la decisión de cambio de régimen pensional se realizó de manera libre y voluntaria por parte de la actora, según las exigencias de la Ley 100 de 1993, máxime cuando en el tiempo que estuvo afiliada al RAIS no mostró descontento por encontrarse vinculada allí.

6. Alegatos de conclusión. La **demandante** alegó en su favor que el fondo privado no cumplió con su deber al momento del traslado de régimen pensional con los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual

se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Martha Helena Moreno Moreno se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 4 de mayo de 1990, con cotizaciones hasta el 7 de noviembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad; quien se trasladó a Colfondos S.A. el 1º de enero de 1999, mediante la suscripción del formulario núm. 6979891, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y

suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a Colfondos S.A., esto es, 1º de enero de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución

de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos estos valores, lo cual se impone que deba ser debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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

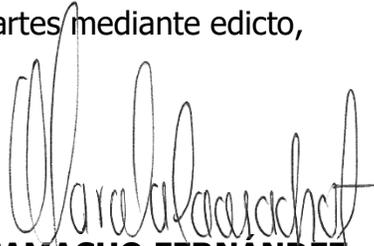
PRIMERO: ADICIONAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

“**SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos generados y causados debidamente indexado. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** indexado el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”

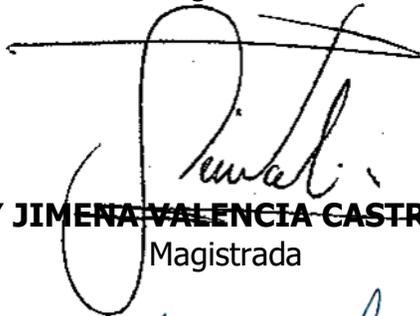
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

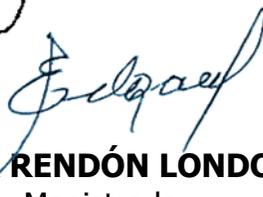
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ENRIQUE EMIRO GUTIÉRREZ MONTENEGRO
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 22-2020-00466-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Enrique Emiro Gutiérrez Montenegro instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare el traslado efectuado al RAIS es nulo, ineficaz e inexistente y, en consecuencia, se condene al fondo privado a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, como lo son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y, que esta última reciba dichos dineros y a reintegrar la afiliación sin solución de continuidad; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició a cotizar en el ISS hoy Colpensiones a partir del 5 de junio de 1985 y hasta el 27 de septiembre de 1995, data en la que fue trasladado al RAIS administrado por AFP Porvenir. Refirió que, al momento de la vinculación, la ejecutiva de ventas le manifestó que tendría mejores garantías a las previstas en el otro régimen, sin haberle brindado información completa sobre las consecuencias que tendría el traslado de régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexos)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 11NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no obra prueba alguna de que el actor se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco que dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por el promotor del litigio, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Afirmó que aquella se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e

indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a cada una de las pretensiones manifestando que el actor no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la ineficacia y/o nulidad del acto jurídico de traslado de régimen, por lo que el acto jurídico se debe tener como válido. Refirió que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en la que se materializó la vinculación, por lo que, si aquel arguye la existencia de un vicio del consentimiento, es su deber probar la existencia, empero, las documentales aportadas por la parte accionante solo refuerza que el acto no se encuentra revestido de error, fuerza o dolo debido a que al momento de la inscripción del formulario de afiliación lo hizo de manera libre y voluntaria. Como excepciones de fondo propuso 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 electrónico, PDF 07ContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de diciembre del 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se vinculó al RAIS y, por tanto, siempre perteneció al RPMPD. Así las cosas, ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, la condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones, entidad que puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, además, recibir los dineros provenientes de AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. Por último, condenó en costas a las demandadas.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la AFP desde su fundación debe brindar información objetiva, comparada y transparente a los afiliados sobre las consecuencias de cada uno de los regímenes. Aclaró que la AFP tiene una doble calidad, pues de una parte realizan servicios financieros y de otra entidad de la seguridad social, siendo que con este último servicio se protegen derechos pensionales como son la invalidez, vejez y muerte. Refirió que en estos casos debe prevalecer la información al usuario de la futura pensión, por lo que la sola firma del formulario de afiliación no basta para dar por cierto que se cumplió con la obligación, debiendo por tanto la demandada demostrar que se brindó la información completa mediante otros medios probatorios.

En ese sentido, dijo que no suministrarle información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado a un régimen pensional a otro, lleva a la ineficacia del traslado, de manera que siendo los únicos medios de convicción que obran en el proceso el interrogatorio de parte y el registro de afiliación, sin que sea prueba suficiente para determinar que se brindó la asesoría de manera correcta, debí acceder a las pretensiones de la demanda en lo que hace a la declaratoria de la ineficacia del acto. Dijo que tal suerte no corre el pedimento relacionado con la pensión de vejez, no solo porque Colpensiones

no tiene los dineros con el cual va a hacer el reconocimiento, sino, además, a fin de precaver una posible reliquidación en la mesada pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que el demandante no presentó elementos probatorios suficientes para que se evidencie algún tipo de vicio del consentimiento o dolo por parte de la AFP al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Expuso con respecto a la carga de la prueba, que al ser aquel quien alega tales vicios, debe de demostrar la antijuridicidad del hecho reclamado, más aún cuando no presentó descontento alguno al permanecer en el RAIS por más de 20 años sin nota de protesta alguna. Refirió que, de mantenerse la sentencia de primer grado, se estaría produciendo un detrimento patrimonial que afectaría a los demás afiliados del sistema pensional que administra.

5.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamentos de su alzada argumentó que si bien existen antecedentes jurisprudenciales en los que se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cierto es que este no se aplica de manera homogénea a todos los casos, como acontece en este asunto, toda vez que la afiliación al RAIS por parte del demandante se realizó de manera voluntaria, quien pudo validar las características del régimen en la Ley 100 de 1993. Indicó que el actor estuvo por más de 20 años en el RAIS, sin solicitar información siendo esta su obligación como afiliado al sistema pensional.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que fue víctima de un actuar irresponsable de personas que solo pretendían satisfacer sus propios intereses económicos, la cual recibían beneficios y quienes se aprovecharon del desconocimiento que tenía respecto del alcance real de la afiliación que efectuó.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o

cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿debe ser condenada en costas a Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Enrique Emiro Gutiérrez Montenegro se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 5 de junio de 1985, con cotizaciones hasta el 29 de septiembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad, quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 21 de septiembre de 1995, con la suscripción del formulario de afiliación núm. 00619631, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara

y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 21 de septiembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución

de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P.

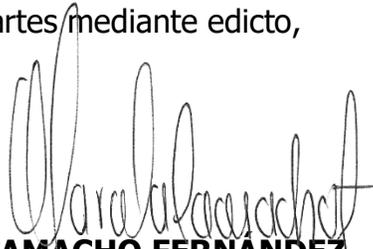
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de diciembre del 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



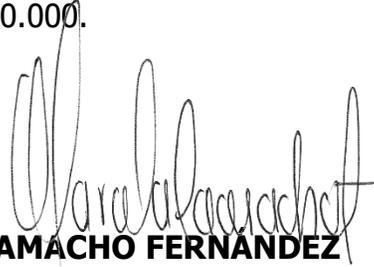
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AURA LUCÍA RIVERA BERNAL
Demandados: COLPENSIONES, y OTROS.
Radicación: 110013105-012-2021-00233-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- REVOCA Y CONDENA
Proceso: ORDINARIO LABORAL

Bogotá D.C, treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aura Lucía Rivera Bernal, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFPs Protección S.A. y Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., y en consecuencia de ello, se condené a Porvenir S.A. como entidad en la que se encuentra actualmente, a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, así como las sumas adicionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual; de igual manera solicitó que se condene a Colpensiones a recibir a la demandante, junto con los dineros trasladados del RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante se afilió al Sistema General de Pensiones con la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca vinculada al Organismo de Salud de Pasca el 01 de julio de 1991; que en el mes de julio de 1999 se afilió al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A.; que posteriormente, en noviembre del 2002 se afilió a la AFP Porvenir S.A. en la cual se encuentra actualmente; señaló que la decisión de realizar el traslado de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente información, clara, cierta y comprensibles acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales; que el 20 de octubre del 2020 presentó derechos de petición dirigidos a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. en los cuales solicitó declarar la nulidad y/o la ineficacia del traslado al RAIS, los cuales fueron contestados de manera negativa. (Expediente Digital PDF 001 Demanda Págs. 1 a 21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF-archivo 08); sin embargo, no se hizo

presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES.: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que Colpensiones no tiene conocimiento sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el cual la demandante efectuó el traslado de régimen pensional, además que el traslado se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el Art. 13 literal b) de la ley 100 de 1993; que el traslado fue válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes para esa data. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones. (Fols. 01 a 14 archivo No 11).

3.2 Porvenir S.A.: Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, que por el contrario, los documentos aportados en la demanda no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo en el momento en el que se realizó la afiliación al RAIS; que la afiliación goza de plena validez; que no hay lugar a trasladar aportes, dado que la afiliación en el RAIS es completamente válida y surtió sus efectos jurídicos. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (Fols. 01 a 21 archivo No. 10)

3.3. Protección S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones y condenas que involucren a la AFP, con sustento en que la afiliación al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que de conformidad con el formulario de vinculación el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizando así su afiliación, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y la AFP Protección S.A.; que se respetó el derecho a la libre elección de régimen pensional consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir S.A.; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, y la innominada o genérica. (Fols. 01 a 18 archivo No. 09)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero del 2023, en la que la falladora de primera instancia absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas, condenándola en costas.

La decisión de la Juez se basó en que no debe confundirse los conceptos de afiliación al sistema de seguridad social con la afiliación al sistema pensional. De esta manera, y en el caso en concreto, afirmó que la demandante al momento de entrar a regir el

sistema general de pensiones se encontraba inactiva por pertenecer anteriormente a una Caja de Previsión y no como tal al sistema pensional administrado por el ISS.

Manifestó que, no se debe analizar las implicaciones que conlleva un traslado de régimen o si este es eficaz o ineficaz toda vez que, no existe un traslado de régimen, sino una selección inicial del mismo. Por lo anterior, procedió a absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda, gravándola en costas procesales a la demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue apelada por la parte demandante, quien manifestó que, si bien es cierto que la demandante se refirió a que no tenía una afiliación anterior al ISS, sí tenía una afiliación al RPM a través de la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca en el año 1991, afiliación que, para el momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones se encontraba inactiva, lo cierto es que, se trata de una afiliación inicial; que al momento de liquidarse las cajas de previsión la demandante no tuvo más opción que elegir entre el RPM y el RAIS; que la demandante no tenía pleno conocimiento del funcionamiento, diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes, dudas que tampoco le fueron solventadas al momento de realizar la afiliación al RAIS; que en el momento en el cual Colpensiones entró a administrar el RPMPD le competía recibir a todos los afiliados que se encontraban en las cajas públicas liquidadas por orden de la ley 100 de 1993, por lo que, no es correcto afirmar que la afiliación no se encontraba vigente; en síntesis, solicita que se revoque la decisión de instancia y se condene a la ineficacia del traslado.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante: En la oportunidad procesal solicitó que se revoque la decisión de instancia y se declare la ineficacia del traslado.

6.2 COLPENSIONES.: Esgrime en los alegatos que se proceda a confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

6.3 PORVENIR S.A.: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de primer grado, dado que es improcedente la ineficacia cuando se está frente a una afiliación inicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de

administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Aura Lucía Rivera Bernal se encontraba afiliada en la Caja de Previsión Social de Cundinamarca (CAPRECUNDI) desde el 01 de junio de 1991, hasta el 31 de mayo de 1992 (certificación de tiempos laborados Fols. 48 a 51 archivo No 01); que se trasladó al RAIS por medio de Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de julio de 1999 (Fol. 21 archivo No 01); que el 25 de septiembre del 2002 se trasladó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A. (Fol. 53 archivo No 10), y luego el 24 de abril de 2012 se trasladó a PORVENIR S.A. (Fol. 23 archivo No 10), AFP en la cual se encuentra actualmente según historia laboral (Historia laboral Fols. 28 a 31 archivo No 01).

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 31 de mayo de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. que tuvo ocurrencia el 23 de julio de 1999, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados a una Caja de Previsión o al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*",

circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de una Caja de Previsión Social desde el 01 de junio de 1991, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, como así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. **Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación.** En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**"* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada a una Caja de Previsión Social desde el 01 de junio de 1991, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 23 de julio de 1999 a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y

voluntaria, además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.

(...)

En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 vengán afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., esto es, 23 de julio de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues analizando las pruebas que obran sobre el expediente, se encuentra que nunca se configuró la confesión dentro del interrogatorio de parte practicado a la demandante puesto que las afirmaciones sobre el funcionamiento del RAIS hechas por la misma, son simples generalidades que la afiliada conocía (algunas incluso mencionadas por terceras personas ajenas a las AFP). La mera enunciación de ellas, no significan per sé la existencia de una explicación exhaustiva por parte de la demandada PROTECCIÓN S.A. acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Protección S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 23 de julio de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la

afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que la afiliada permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que la demandante no se encontraba afiliada a COLPENSIONES antes del traslado, acota la Sala que, de conformidad a los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes en una Caja de Previsión Departamental, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto valga traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8362-2022, en la que adocina:

"Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.

De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban

afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

(...)

Lo anterior se acompaña por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022”.

Así las cosas, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en las sentencias atrás referidas.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”.

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Siendo necesario acotar que, **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP demandadas, y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 25 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **AURA LUCÍA RIVERA BERNAL** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 23 de julio de 1999 a COLMENA, hoy **PROTECCIÓN S.A**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **AURA LUCÍA RIVERA BERNAL** nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió trasladarse a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANÍAS PORVENIR S.A.**, de manera indexada, conformidad con lo motivado.

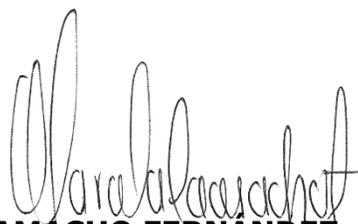
CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **AURA LUCÍA RIVERA BERNAL**, como cotizaciones, rendimientos, comisiones, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **AURA LUCÍA RIVERA BERNAL**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas. Las de primera se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLADYS MARGARITA REYES SUÁREZ.
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-013-2020-00319-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gladys Margarita Reyes Suarez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad, así como también que reconozca la pensión una vez sea solicitada por la accionante bajo los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993; lo que resulte probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 17 de octubre de 1958; que cotizó 639 semanas al régimen de prima media con prestación definida; que se trasladó a Porvenir S.A. en el año 2000; que Porvenir S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión, de igual manera, no se le informó que era beneficiaria del régimen de transición; que el 5 de agosto del 2020 agotó la vía gubernativa frente a Colpensiones. (expediente administrativo PDF-01Demanda.pdf)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 17NotificacionANJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo el traslado se dio de manera libre y voluntaria debido a que los asesores comerciales brindaron toda la información necesaria para que la actora firmara el formulario de afiliación; además la demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003, esto es, está a menos de diez años de adquirir el derecho pensional.

Propuso como excepciones a las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de a 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 condenas en costas, y declaratoria de otras excepciones.

(Expediente digital PDF, 14ContestacionColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento en que se suministró toda la información necesaria correspondiente a la época; que solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, se entiende que las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; que la demandante recibió asesoría verbal y amplia para la época, la cual le permitió tomar una decisión libre, espontánea y completamente informada. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (expediente digital PDF. 12ConstetaciónPorvenir.pdf pág. 1-27)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de enero de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Gladys Margarita Reyes Suárez al régimen de ahorro individual; condenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluido los rendimientos generados, gastos de administración, comisiones incluso con cargo a sus propias utilidades, y los aportes para garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y afiliarla sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiriendo que el cumplimiento del deber de información que se encuentra en cabeza de las AFP garantiza al potencial afiliado la toma de una decisión libre y autónoma que le permitiera contar con elementos suficientes para conocer las consecuencias de su traslado, así como también señaló que este se acredita a través de la información clara, comprensible y objetivamente verificable.

De acuerdo a lo anterior, dijo que no suministrarle información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado a un régimen pensional a otro, lleva a la ineficacia del traslado, de manera que siendo los únicos medios de convicción que obran en el proceso el interrogatorio de parte y el registro de afiliación, los mismos no son prueba suficiente para determinar que se brindó la asesoría de manera correcta, por lo que, procedió a acceder a las pretensiones de la demanda en lo que hace a la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado.

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, condenó a la devolución por parte de Porvenir S.A. de los valores en la cuenta de la demandante como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones, y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con frutos e intereses.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por **Colpensiones**, quien señaló que el traslado de régimen de la demandante fue por voluntad propia, además que está dentro de la prohibición legal de que trata la ley 797 del 2003; que la demandante por más de 20 años ha permanecido en el RAIS, lo que da lugar a evidenciar su satisfacción de permanecer en el RAIS; que para la época del traslado se cumplió con los requisitos establecidos por la ley, es decir, no se incumplió con el deber legal impuesto para la época; que la decisión del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Porvenir S.A.: En la oportunidad procesal pide que se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, ya que no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

6.2 Colpensiones.: Pide que se revoque la decisión de instancia, pues no hay lugar a la declaratoria de ineficacia conforme los lineamientos jurisprudenciales expuestos en los alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Gladys Margarita Reyes Suárez cuenta con cotizaciones al régimen de prima media desde el 22 de junio de 1981 hasta el 30 de mayo del 2000 conforme aparece en la historia expedido por Porvenir (expediente electrónico PDF, 12Contestación.pdf pág. 30); que se trasladó a Porvenir S.A. el 25 de mayo de 2000 mediante formulario de afiliación No 01376385, en la que se detalla como entidad anterior al traslado a CAJANAL (expediente electrónico PDF 12ContestaciónPorvenir.pdf página 28)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información

expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 25 de mayo del 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que

además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que antes de afiliarse al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208

de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló la falladora de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de Cajanal, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por Cajanal, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con Cajanal, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir eventualmente que es la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 50 años de edad, por haber nacido el 17 de octubre de 1958, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS,

debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

En el sub examine, si bien la orden congloba los emolumentos atrás mencionados, no ordenó la indexación, por lo que, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

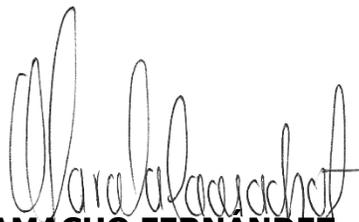
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 17 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, la orden de que sobre los conceptos allí ordenados se devuelvan **DEBIDAMENTE INDEXADOS**, de conformidad con la parte motiva de este fallo

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

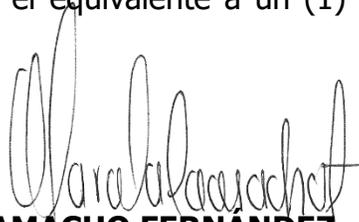


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA GRACIELA ARIAS REY
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-008-2021-00324-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA Y CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Graciela Arias Rey instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado a Colpensiones de la demandante, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y rendimientos causados; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad, y lo ultra y extra petita.

Como fundamentos facticos de sus pretensiones, señaló que la demandante realizó cotizaciones para pensión en el ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de marzo de 1989; que fue trasladada al RAIS mediante formulario de afiliación diligenciado el 16 de mayo de 1995 con Colfondos S.A.; que mediante formulario del 01 de febrero del 2000 fue afiliada a Colmena, hoy Protección S.A.; la demandante señaló que la decisión de realizar el traslado de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente información, clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales; que mediante escrito el 15 de abril del 2021, solicitó a Colfondos S.A. y Protección S.A. anular su afiliación al RAIS, el cual fue respondida de manera negativa el 26 y 29 de abril del 2021, respectivamente. (Fols. 01 a 18 archivo No 02).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF-archivo 10); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1. Colpensiones. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que si bien Colpensiones no tiene pleno conocimiento

sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el cual la demandante efectuó el traslado de régimen pensional, no es menos cierto que este se presume que fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993, sino, plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data; que el vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado debe probarse por la demandante. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la declaratoria de otras excepciones. (Fols. 01 a 09 archivo No 05).

3.2. Colfondos S.A. Presenta oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucre a Colfondos S.A. argumentando que la demandante se afilió al RAIS en virtud a su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes; que los asesores comerciales de Colfondos S.A. brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la cual, también se le explicó las características del RAIS, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional. Por ello, no se podría concluir que el traslado de régimen es nulo, debido a que el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y prueba de ello, es la firma de la demandante en el formulario de afiliación. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica. (Fols. 01 a 15 archivo No 09)

3.3 Protección S.A.: Al momento de descorrer el traslado de la demanda, la AFP se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y prueba de ello es el formulario de vinculación que suscribió la demandante, además que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizando así su afiliación; que la afiliación tiene naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y la AFP Protección S.A.; que se le garantizó el derecho a la libre elección de régimen pensional consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP - inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir S.A., aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, y la innominada o genérica. (Fols. 01 a 20 archivo No. 08)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 01 de diciembre del 2022 en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS acaecido el día 16 de mayo de 1995 mediante su afiliación a Colfondos S.A.; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante; condenó a Colfondos S.A. y Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, de conformidad con las

previsiones del artículo 1746 del CC, esto unto con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelvan Protección y Colfondos que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y a efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora. Finalmente, condenó en costas solo a Colfondos.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL-12316 del 2014 en concordancia con el artículo 271 de la ley 100, el artículo 13 literal B) de la ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, y el literal e) del artículo 13 de la ley 797 de 2003, así pues, manifestó que debe analizarse es sí las AFP cumplieron y probaron en juicio el deber de brindar la correspondiente información a la futura afiliada al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional.

En este sentido, la a quo consideró que para que exista una manifestación libre y voluntaria, es necesario que la futura afiliada tenga pleno conocimiento, por lo tanto, la AFP está obligada a brindar la información suficiente y transparente que permita al afiliado hacer una elección consiente sobre el régimen pensional que debería escoger. También consideró que, si bien el deber de información tan rigurosa no se encontraba vigente al momento de realizar la afiliación de la demandante, no es menos cierto que, se estaría faltando a la buena fe por parte de las AFP al no brindar la información necesaria y detallada de las consecuencias del cambio de régimen pensional.

En conclusión, la falladora en primera instancia consideró que Colfondos S.A. y Protección S.A., no lograron demostrar que se hubiese cumplido con el deber de información debido a que, de las pruebas allegadas, no se evidencia que la demandante estuviese informada de manera correcta sobre las ventajas y desventajas de cambio de régimen pensional, lo que dio lugar a declarar la ineficacia del traslado, con la consecuencia, de que Protección S.A. debe devolver los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante hacia Colpensiones, junto con los rendimientos, frutos y gastos de administración debidamente indexados; asimismo, ordenó a Colfondos S.A. a devolver a COLPENSIONES, si todavía hubiere, los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, más los gastos de administración debidamente indexados. Finalmente, no encontró probada la excepción de prescripción, debido a que el derecho a la pensión es un derecho imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes, por lo que se envió las diligencias al Tribunal, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

6. Alegatos de conclusión. Se presentó alegatos por parte de Colpensiones, quien solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las pretensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. La sentencia de la a quo se estudiará en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos secundarios: (i) ¿Los aportes o

cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?;(v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Martha Graciela Arias Rey se afilió al ISS, hoy Colpensiones, el 01 de marzo de 1989 con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1995 según historia laboral y de cotizaciones de Colpensiones (Fol. 155 archivo No 02); que el 16 de mayo de 1995 se trasladó a COLFONDOS S.A. según se extrae del formulario de afiliación (Fol. 17 archivo No 09); que el 01 de febrero del 2000 se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., entidad en la que se encuentra actualmente según historia laboral (Fols. 45 a 62 archivo No 08)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de

pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, 16 de mayo de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia

bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto le brindó la información de manera particular e integral, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado

información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 16 de mayo de 1995, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa el concepto de descuentos para **el Fondo de Garantía de Pensión Mínima,** y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia debido a que la sentencia se revisó en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

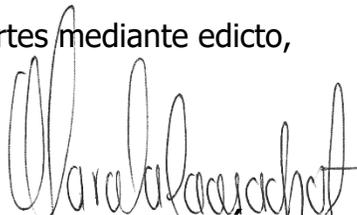
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre del 2022, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, y debidamente indexado, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JUAN MANUEL ECHEVERRY MESA.
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Radicación: 08-2021-00446-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juan Manuel Echeverry Mesa instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba al demandante y lo mantenga afiliado sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante inició sus aportes través del RPM, posteriormente realizó traslado de régimen por medio de la AFP Colfondos S.A., donde el promotor de la entidad administradora de pensiones omitió su deber de información; que en Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$2.409.906, mientras que en el RAIS sería de \$1.287.936; que el 26 de abril de 2021 elevó solicitud ante Colfondos S.A., pero le fue respondida negativamente, afirmando que la afiliación es válida; que el 03 de junio de 2021 solicitó el retorno a Colpensiones, pero le fue desestimado. (Expediente electrónico02DemandaAnexos446.pdf pág. 1 a 12)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, 05TramiteNotificacion446.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado efectuado por el demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional sustentado en el artículo 13, 271 y 272 de la ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993 y Decreto 656 de 1994; que no obra medio probatorio

alguno que evidencie que no se cumplió con el deber de información o de algún vicio del consentimiento. Propuso excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y declaratoria de otras excepciones. (Expediente digital PDF. 06ContestacionColpensiones446)

3.2. AFP Colfondos S.A.: Se opuso a la totalidad de las pretensiones bajo el argumento de que el promotor si cumplió con el deber de información, dando una asesoría integral y completa acerca de toda las implicaciones de la decisión de traslado de régimen; que la voluntad del demandante en permanecer en el RAIS se ratifica en el tiempo de permanencia en el RAIS; que no se vulnera el derecho a acceder a una pensión de vejez, ya que en la AFP del RAIS obtendría su derecho una vez cumplidos los requisitos. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia 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 afiliación, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (expediente digital PDF.08ContestacionColfondos446 pág. 1 a 21)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 01 de diciembre de 2022 en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Juan Manuel Echeverry Mesa al régimen de ahorro individual; condenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, incluido los rendimientos generados; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y afiliarlo sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones, y condenó en costas a Colfondos.

La a quo fundamento su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL-12316 del 2014 en concordancia con el artículo 271 de la ley 100, el artículo 13 literal B) de la ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, y el literal e) del artículo 13 de la ley 797 de 2003, así pues, manifestó que debe analizarse es sí las AFP cumplieron y probaron en juicio el deber de brindar la correspondiente información a la futura afiliada al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional.

En este sentido, la a quo consideró que para que exista una manifestación libre y voluntaria, es necesario que la futura afiliada tenga pleno conocimiento, por lo tanto, la AFP está obligada a brindar la información suficiente y transparente que permita al afiliado hacer una elección consiente sobre el régimen pensional que debería escoger. También consideró que, si bien el deber de información tan rigurosa no se encontraba vigente al momento de realizar la afiliación de el demandante, no es menos cierto que, se estaría faltando a la buena fe por parte de las AFP al no brindar la información necesaria y detallada de las consecuencias del cambio de régimen pensional.

En conclusión, la falladora en primera instancia consideró que Colfondos S.A., no logró demostrar que se hubiese cumplido con el deber de información debido a que, de las pruebas allegadas, no se evidencia que el demandante estuviese informado de manera correcta sobre las ventajas y desventajas de cambio de régimen pensional, lo que dio lugar a declarar la ineficacia del traslado, con la consecuencia, de que Colfondos S.A. debe devolver los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de el demandante hacia Colpensiones, junto con los rendimientos, frutos y gastos de administración debidamente indexados. Finalmente, no encontró probada la excepción de prescripción, debido a que el derecho a la pensión es un derecho imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue interpuesto por **Colpensiones**, quien manifestó que el traslado de régimen efectuado por el demandante se realizó conforme a derecho y bajo la normativa legal de la época, esto es, el Decreto 663 de 1993; que para la época no había que dejar por escrito la información que le brindara al demandante, ya que esta se efectuaba de manera verbal y por medio del formulario de afiliación; que sería imposible obtener una prueba documental de la información brindada en esa época; que en el interrogatorio de parte se evidencia la ratificación del demandante; que es imposible traer al despacho al asesor que brindó la asesoría hace más de 20 años; que no es posible acceder a la ineficacia del traslado con base en su mesada pensional en Colpensiones.

6. Alegatos de conclusión. Presentó alegatos Colpensiones, manifestando que no es procedente la ineficacia del traslado, por lo que se debe revocar la decisión de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de el demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Juan Manuel Echeverry Gómez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 03 abril de 1991 con cotizaciones hasta el 31 de mayo 1994 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (expediente digitalWinRAR 07ExpedienteAdministrativo); que se trasladó a Colfondos S.A.

el 05 de mayo de 1994, conforme el formulario de afiliación, entidad donde se encuentra actualmente cotizando. (Expediente digital PDF 10AllegaPruebasColfondos446.pdf pág. 4)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, 05 de mayo de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a el demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida

asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de el demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa el concepto de descuentos para **el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante por no haber prosperado el recurso de apelación propuesto. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

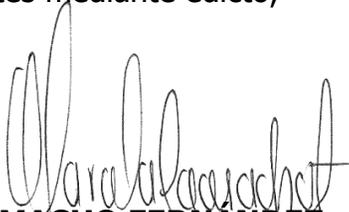
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre del 2022, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A., para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, y debidamente indexado, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

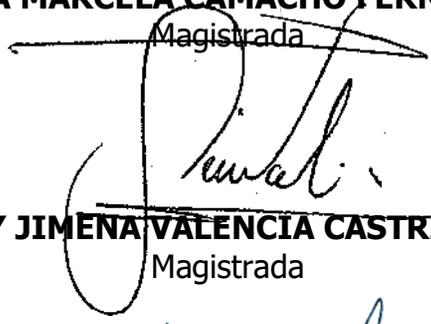
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

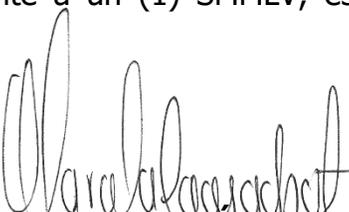

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ALBA DORIS SILVA CUITIVA
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 17-2020-00312-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alba Doris Silva Cuitiva instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia, con el propósito de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo privado trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de febrero de 1981, acumulando un total de 691.29 semanas antes efectuar el traslado a la AFP Porvenir S.A., lo cual se realizó el 30 de junio de 2005 sin ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con beneficios, ventajas o desventajas, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión. (Expediente electrónico, PDF 03Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 11Notificaciones); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., cumpliendo con los requisitos establecido por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002 y el artículo 2° de Ley 797 de 2003. Refirió que resulta inverosímil que aquella hubiese evidenciado irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta después de más de 15 años de encontrarse afiliada y después de acreditar menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, decida solicitar nuevamente la vinculación al RPDM aduciendo engaño por parte de la AFP. Propuso 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 y genérica (Expediente electrónico, PDF 12ContestaciónDemanda)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la actora no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal B del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Refirió que cumplió con el deber de información que le era oponible, al momento en que se dio el traslado de régimen pensional, a través de una asesoría veraz, clara y oportuna. En su defensa formuló como excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente electrónico, PDF 08ContestaciónDemanda)

3.3. Skandia S.A. Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones alegando que la afiliación de la demandante se realizó de plena validez, ya que no se evidencia ningún tipo de vicio del consentimiento y estuvo sujeta al acuerdo de voluntades que dispone el artículo 1495 del Código Civil. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de noviembre de 2022, en el que el fallador declaró que el traslado realizado al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación inicial tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, todo lo cual debidamente indexado. En el mismo sentido, ordenó a Skandia S.A. la devolución de estos conceptos debidamente indexados a Colpensiones, entidad que debe recibir dichos emolumentos y actualizar la historia laboral de la demandante. Condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico a dilucidar si al momento del traslado inicial al demandante se le brindó información clara y suficiente, para ilustrar acerca de las condiciones y funcionamiento del RAIS. Con tal propósito, citó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así mismo, hizo alusión a los medios probatorios, para significar que la información dada en el formulario de afiliación es de carácter general, sin, que pueda establecer que el representante del fondo de pensiones se preocupó por cumplir el deber de brindar información clara y suficiente que le permitiera a la futuro afiliada conocer las condiciones y características de ese régimen pensional, así como las desventajas e incidencia un su derecho pensional.

Concluyó que la labor del asesor tuvo como propósito principal atraer al afiliado del entonces ISS, para fortalecer la nómina de afiliados al RAIS, resaltando, que estaba en cabeza de cada uno de los fondos analizar la situación individual del futuro afiliado, explicación que debía comprender no sólo el funcionamiento general de cada uno de los regímenes, sino, la regulación propia de cada uno, tal como lo señaló la Sala de Casación de la CSJ en sentencia SL-749 de 2021, debiéndose por tanto acceder a la ineficacia del traslado solicitado por la parte actora.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1 Colpensiones. Inconforme con lo anterior, presentó recurso de apelación alegando en lo referente a las costas procesales que dicha condena es improcedente, ya que no participó en los actos jurídicos de afiliación, más aún cuando la demandante está en la prohibición legal para efectuar el cambio de régimen.

5.2 Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada esbozó que, aunque exista un precedente jurisprudencial sobre el tema, no resulta aplicable de manera homogénea en todos los casos, ya que las situaciones fácticas del presente asunto no son similares, pues la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, en los términos de la Ley 100 de 1993. Indicó que la información del régimen pensional debió ser revisada en cualquier momento por aquella, de ahí que se entiende que si se le brindó información necesaria y suficiente para conocer los beneficios y consecuencias del traslado. Frente a los rendimientos indicó que es contradictorio devolver las cosas al estado anterior en unos sentidos y en otros no, máxime cuando estos emolumentos han sido gastados conforme a la ley.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que realizó la afiliación a las AFP demandadas mediante engaños de los asesores, convenciéndola de cambiarse de régimen, sin recibir asesoría clara idónea y oportuna.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿Colpensiones debe ser exonerada del pago de costas procesales?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Alba Doris Silva Cuitiva se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de febrero de 1981, con cotizaciones hasta 30 de junio de 2002 conforme aparece en la historia expedido por la misma entidad; quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 12 de junio de 2002, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 0176379, posteriormente el 19 de agosto de 2010 se trasladó a Skandia S.A., retornando nuevamente a la citada AFP el 27 de abril de 2011, según formulario de afiliación núm. 14310280, donde actualmente se encuentra vinculada, según historial de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2002-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 12 de junio de 2002, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre

las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier

circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. en el año 2002, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 12 de junio de 2002, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de

prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de los fondos privados demandados (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere

celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Por lo anterior, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 11 de noviembre de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FLOR ALBA VARGAS ACUÑA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 26-2020-00321-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Flor Alba Vargas Acuña instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia y subsidiariamente la inexistencia de la afiliación al RAIS efectuada y tener para todos los efectos jurídicos que nunca estuvo afiliada al citado régimen. En consecuencia, se condene al fondo accionado traslade los dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos, así mismo, ordenar a Colpensiones a activar la afiliación sin solución de continuidad corrigiendo el historial laboral. Pidió además que sea condenada la AFP Porvenir S.A. a pagar perjuicios estimados en la suma de 200 SMLMV y ambas demandadas a costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 21 de febrero de 1959 y comenzó a laborar desde el 6 de junio de 1996, con el empleador Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Refirió que, por no recibir información completa, clara, técnica, oportuna y adecuada, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. el 2 de marzo de 1998, por lo que el consentimiento estuvo viciado a la hora de la vinculación al Rais, decisión que adolece de nulidad absoluta. (Expediente electrónico, PDF 04SubsanaciónDemanda, págs. 9 a 20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 11NotificaciónJudicial); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que la actora se afilió a la AFP Porvenir S.A. de manera libre y voluntaria de acuerdo con la normativa vigente para ese entonces, sin que haya estado afiliada al RPM, siendo su primera elección el régimen de ahorro individual. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene estatus

de pensión en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe e innominada. (Expediente electrónico, PDF 09ContestaciónDemanda)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación inicial al RAIS se dio de manera libre y voluntaria, en los términos del Decreto 663 de 1993, siendo que la actora nunca estuvo afiliada al RPM. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 12ContestaciónDemanda)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de noviembre de 2022, en la que la falladora de primer grado absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora, gravándola en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, adujo que en los casos que se alegue la nulidad del traslado del RPM al régimen de ahorro individual se debe ver bajo la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, por lo que de conformidad con el precedente jurisprudencial, se analiza si el acto jurídico que generó el traslado es o no eficaz, basado en que las administradoras de pensiones deben garantizar el deber de información a los afiliados para que estos tomen una decisión libre y voluntaria. Pese a lo anterior, estimó que no se puede aplicar este criterio debido a que la actora no estaba afiliada a ninguna administradora de pensión previa a su vinculación con la AFP Porvenir S.A., de esta manera no existió un traslado de régimen, sino una selección inicial, de ahí que debía absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, la **demandante** interpuso recurso de apelación aduciendo que la A quo desconoce la línea jurisprudencial de la CSJ, ya que no se le brindó información clara, completa, oportuna y transparente, tampoco se le dijo sobre los riesgos del traslado del régimen pensional y las características del mismo. Indicó que tal criterio se emplea de manera sesgada, omitiendo la aplicación de los principios que rigen la seguridad social, en la medida que está en juego su futuro pensional, a lo que sumó que, si bien se trata de una vinculación inicial, no por ello se deba exceptuar el deber de información que tiene la administradora a los futuros afiliados.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el fondo privado demandado no aportó ninguna prueba del cumplimiento de su deber de información, y, por el contrario, se acreditó que a la actora nunca le brindaron asesoría que le hubiese permitido adoptar una decisión informada, conveniente y en pro de su derecho pensional fundamental de acuerdo con sus condiciones particulares. Refirió que las AFP no desvirtuaron ninguna de las afirmaciones y negaciones indefinidas de la demanda, pues el único medio de convicción utilizado fue el interrogatorio de parte, y con este se ilustró de manera suficiente el desconocimiento que tiene sobre las características de ambos regímenes al momento de su afiliación inicial.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo

privado suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

6.3. AFP Porvenir S.A. Señaló que en el presente caso no se puede hablar de traslado de régimen pensional, en la medida que la actora nunca ha estado en el Régimen de Prima Media pues su afiliación inicial fue con el fondo privado, misma que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar lo siguiente: ¿La afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz por omisión en el deber de información por parte del fondo de pensiones demandado?

3. Afiliación, cotización y traslado. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Flor Alba Vargas Acuña se afilió al sistema pensional por primera vez al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A., por medio de la suscripción del formulario de afiliación núm. 1024092 de fecha 2 de marzo de 1998; fondo de pensiones donde actualmente se encuentra afiliada y realiza aportes pensionales.

Con esa necesaria precisión, procede la Sala a establecer si la vinculación inicial de la demandante al Sistema General de Pensiones a través de la AFP Porvenir S.A. se torna ineficaz, por falta del deber de información.

4. Ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS

4.1 Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previamente debe precisarse que si bien en la demanda se solicitó la nulidad de la afiliación del RAIS, lo cual es ratificado en la alzada, lo cierto es que debe considerarse que la misma se sustenta en la trasgresión del deber de información de la AFP que vinculó a la actora a dicho régimen, de manera que resulta aplicable lo que la CSJ ha indicado en relación con las ineficacias de traslado, esto es, que el desconocimiento en del deber de información debe abordarse **desde su ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 1 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

En el presente caso, la promotora del proceso esgrime que la AFP no le brindó información precisa y oportuna en el momento de la afiliación, situación que tampoco encontró demostración en el proceso, ante la inexistencia de medio de convicción tendiente a probar que se le dio información clara, precisa y oportuna.

Pues bien, al respecto ha de decirse, que la Sala comparte lo esgrimido en la alzada, porque las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente cierta y oportuna que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria, precedida en el respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparente y de buena fe de quien presta un servicio público, lo cual no solo debe ser cumplido en tratándose del acto jurídico de traslado, sino también de la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones.

Y ello es así porque, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 -que consagra las características del Sistema General de Pensiones- la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por en dicha norma, es libre y voluntaria por parte del afiliado, precisando además, que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la citada ley de seguridad social.

Dicho articulado indica que el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades, además, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte de aquel.

En ese orden, si bien la CSJ ha adoctrinado sobre casos en los que se discuten los efectos de un traslado de régimen pensional, que la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone un conocimiento previo de las consecuencias de ese acto jurídico, lo cierto es que ello no sólo se debe circunscribirse al mentado traslado, sino también al acto de afiliación inicial, porque el mismo implica una selección de régimen, solo que en este evento, por primera vez, la cual como lo consagra la norma en mención, debe estar precedida del conocimiento del afiliado de la incidencia de su decisión sobre sus derechos prestacionales, indistintamente de su condición o formación profesional, dado que la ley no hace distinción al respecto, no siendo entonces competencia del intérprete hacer diferencia alguna.

A lo anterior se suma que, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable a las AFP desde su creación, estableció en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*, por tanto, ese deber de información debe cumplirse también, cuando el usuario al afiliarse por primera vez al sistema, elige el RAIS.

4.2 Carga de la probatoria y deber de información. En ese orden resulta también aplicable la teoría de la carga de la prueba sobre el cumplimiento de ese deber de información, el cual recae en la AFP demandada, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a

lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

Esa carga probatoria, claramente no se encuentra cumplida en el presente caso, porque ningún medio de convicción obrante en el proceso da cuenta que a la convocante se le haya documentado o asesorado, sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de su afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., lo cual en principio devendría en una ineficacia de ese acto jurídico.

5. Caso en concreto. No obstante, resulta importante señalar que, en el presente caso, dadas sus particularidades, la declaratoria de ineficacia de la afiliación resulta inviable y en ese sentido acierta la juzgadora de primer grado cuando negó las pretensiones esbozadas en el libelo demandatorio. Ello por cuanto el efecto de tal declaración es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos.

Lo anterior, implicaría en el *examine* que la gestora del proceso pierda su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, a quien además debe restituirse todo aquello que la AFP recibió con ocasión a esa afiliación, y si bien en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, podría realizar nuevamente la afiliación libre y voluntaria, por ejemplo en Colpensiones, si así lo desea, ello lo debe hacer a título de afiliación inicial, lo cual implica que debe iniciar desde cero a efectuar cotizaciones a dicha entidad, circunstancia que haría nugatorio acceder a la pensión de vejez, y por ende, afectaría su derecho a la seguridad social, dado que en la actualidad cuenta con la edad de 64 años, conforme se extrae de la copia de su cédula de ciudadanía, es decir, que ya cumplió la edad mínima de pensión establecida para el RPMPD.

Y ello es así, porque la convocante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, lo cual no fue controversial por las partes, luego, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede traer como consecuencia el traslado de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, con destino a Colpensiones; además, una orden como la que se pretende, esto es, ordenar la remisión de sus aportes al actual administrador del RPMPD, incluidos sus rendimientos financieros y bonos pensionales, en el fondo representa un traslado puro y simple, que en el caso de la demandante no está permitido en los términos del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, porque como se indicó, ya cumplió la edad mínima de pensión.

En este punto, debe resaltarse que el derecho a la Seguridad Social estatuido en el artículo 48 de la C.P., por encontrarse íntimamente relacionado con el trabajo humano, configura un régimen jurídico de orden público cuyos derechos y prerrogativas por mandato legal, son irrenunciables e imprescriptibles, que no pueden ser modificados por convenio entre particulares, de suerte que en aras de garantizar ese derecho fundamental a la aquí demandante, la Sala debe otorgarle plenos efectos a la afiliación que ésta efectuó por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, y en particular, a la AFP Porvenir S.A. en la que se encuentra actualmente.

Así mismo, contrario a lo esgrimido por la recurrente, las anteriores consideraciones no van en contravía de la línea jurisprudencial que ha consolidado la CSJ en relación con la ineficacia del traslado, pues aquella línea jurisprudencia si bien analiza el tema del deber

de información que les atañe a las AFP, lo hace en relación con un traslado de régimen, esto es, del RPMPD al RAIS, y no una afiliación inicial como en el sub iudice.

En el mismo sentido, el precedente judicial sobre la materia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con respecto a la ineficacia del traslado, llega a la conclusión que la declaratoria de ineficacia por falta al deber de información trae como efecto su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., hoy Colpensiones, consecuencia lógica que no resulta aplicable a la actora, pues nunca tuvo afiliación y cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, lo que devendría en improcedente ordenar a título de traslado de régimen, que la codemandada tenga el deber y obligación de recibir a la actora, pues ningún vínculo jurídico los ató antes de la afiliación inicial al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni durante su permanencia por más de 25 años en tal régimen pensional privado.

Conforme a lo dicho, habrá de confirmarse la sentencia impugnada, misma que absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas por la señora Flor Alba Vargas Acuña, pues como se vio, no incurrió en el error achacado.

6. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIANA MARÍA SARMIENTO TUTA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 32-2021-00399-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Diana María Sarmiento Tuta instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia o subsidiariamente la nulidad del traslado realizado al RAIS y, por ende, tiene derecho a retornar al RPDM. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor que el fondo de pensiones accionado devuelva el bono pensional debidamente indexado, intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS hoy Colpensiones a partir de marzo de 1993, trasladándose a la AFP Porvenir S.A. desde el 1º de marzo de 2001, vinculación que se dio sin cumplir con el deber de información, en tanto que se omitió informarle las desventajas y ventajas del cambio de régimen pensional, como lo es el tiempo y requisitos para obtener la pensión y características del régimen de ahorro individual. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 13NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Dio respuesta con oposición a la totalidad de las pretensiones aduciendo que la afiliación se dio de manera libre y voluntaria, lo cual se ratifica con el tiempo que ha permanecido la actora en el RAIS. Indicó que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si aquella decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado. Propuso las excepciones de fondo que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio 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 adiciono el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada. (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que en el momento del traslado a la actora le brindó información, cierta, oportuna, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la decisión se dio de manera libre y voluntaria, respetándose al tiempo el derecho de retracto que tiene. En su defensa formuló las excepciones de mérito que demonio prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 03ContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de noviembre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a activar la afiliación en el RPM sin solución de continuidad y gravó en costas únicamente al fondo privado.

Para arribar a tal decisión, indicó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral con sentencia de radicado núm. 31989 del 2008, ha señalado que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación cuando no se demuestre el deber de información al afiliado o el consentimiento informado, carga probatoria que recae sobre el fondo de pensiones, quienes deben acreditar que brindó información clara y suficiente, explicando los riesgos, beneficios y características de cada uno de los regímenes, sin que para este efecto se útil la simple suscripción de un formulario. Con fundamento en ello, estimó la inexistencia de medio de persuasión tendiente a acreditar cuál fue la información brindada a la demandante de acuerdo con el precedente jurisprudencial y lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, lo cual ratifica con el interrogatorio de parte que surtió el actor.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación aduciendo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede ser trasladada en cualquier tiempo al RPD, además, de mantenerse con la sentencia, afectaría el equilibrio financiero del sistema. Indicó que debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica ya que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos entre las otras partes.

5.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada esgrimió que la devolución de gastos de administración, primas, porcentaje de garantía de pensión mínima y cualquier comisión debidamente indexados es improcedente, ya que estos conceptos se gastaron a lo largo de la permanencia de la afiliada dentro de la administradora de pensiones, siendo claro que la indexación ordenada es una doble sanción.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la obligación de información se vio flagrantemente incumplida por el fondo de pensiones demandado, toda vez que al momento de la afiliación, esta no le brindó información completa, veraz, adecuada

suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría frente a las opciones existentes en el mercado.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.3. Colpensiones. Señaló que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante ante la AFP en el año 2001, en tanto obra como soporte de dicha vinculación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico, además, no existe ninguna prueba, tampoco un indicio que demuestre que el traslado se desarrolló con la presencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, prueba de ello son las firmas del formulario de afiliación que acredita la aceptación voluntaria libre y sin presión de la demandante de construir pensión en un fondo privado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿En virtud del principio de relativa jurídica, Colpensiones no es responsable de las consecuencias derivadas del acto jurídico celebrado entre la actora y el fondo de pensiones codemandado?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Diana María Sarmiento Tuta, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de marzo de 1993, con cotizaciones hasta el 30 de enero de 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien posteriormente se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 19 de enero de 2001 con la suscripción del formulario de afiliación núm. 01498272, entidad donde se encuentra actualmente vinculada.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A, esto es, 19 de enero de 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella

decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que *“impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas”*; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P.

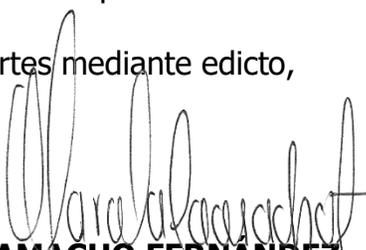
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

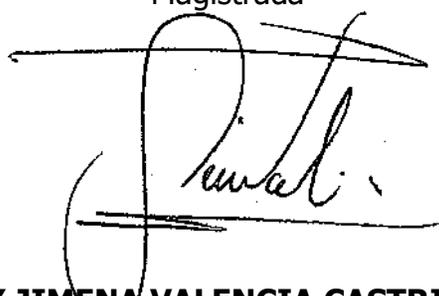
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

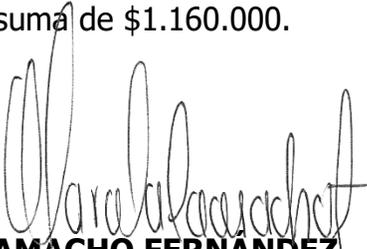


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA BERNARDA ROMERO RODRÍGUEZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-036-2021-00319-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. GIOVANNI ALEXIS GREGO CARDONA, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Bernarda Romero Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. que realice la devolución de todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos financieros; que se ordene a Colpensiones a recibir los aportes y a tenerla afiliada sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante empezó a cotizar en el ISS, hoy Colpensiones, desde el 01 de agosto de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1999; que fue afiliada al RAIS por medio de Colfondos S.A. haciendo efectivas sus cotizaciones a partir del 01 de enero del 2000; que para el año 2002, la demandante realizó un cambio de AFP a Porvenir S.A.; que el 15 de febrero del 2015 la demandante retorna a Colfondos S.A. donde se encuentra actualmente afiliada; que no le suministraron una información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características, cálculos actuariales, requisitos para adquirir la pensión ni el capital con el cual se pensionaría en el RAIS; que el 17 de febrero del 2021 solicitó a Colpensiones tenerla como afiliada al RPMPD, y en la misma fecha radicó escrito a Porvenir S.A. en el cual solicitó información correspondiente a su estado pensional, el cual fueron respondidos de manera negativa el 10 y 10 de marzo del 2021, respectivamente; que el 23 de marzo del 2021 solicitó a Colfondos S.A. anular su afiliación al RAIS y trasladarla al RPMPD, escrito que fue contestado de manera negativa el 09 de abril del 2021. (Fols. 7 a 20 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF- 07); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda:

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que la demandante se encuentra afiliada de manera válida al RAIS; que cuando realizó la suscripción del formulario de afiliación lo hizo de manera libre y voluntaria; que para Colpensiones no es posible reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD toda vez que esta se encuentra legalmente afiliada al RAIS y así mismo no es viable recibir dineros provenientes del RAIS. Como excepciones de mérito propuso las que denominó 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; la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción, y la innominada o genérica. (Fols. 2 a 22 archivo No 05)

3.2. Colfondos S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y declaraciones, argumentando que la AFP si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional; que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento, las diferencias entre este y el RPMPD, las ventajas, desventajas y el derecho de rentabilidad que produce el RAIS; que la pretensión de ineficacia carece de fundamento jurídico toda vez que no se aportan elementos probatorios que permitan que la vinculación a la AFP Colfondos S.A. fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, que por el contrario, se puede observar que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación lo hizo de manera libre y voluntaria. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica. (Fols. 4 a 17 archivo No 06).

3.3 Porvenir S.A. Al momento de descorrer el traslado, la llamada a juicio se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas que se formularon en la demanda argumentando que la afiliación realizada por la demandante con la AFP Porvenir S.A. se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido informada de manera amplia y oportuna sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, lo cual se puede observar en la solicitud de vinculación a la AFP. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica. (Fols. 2 a 21 archivo No 14).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de enero del 2023, en la que la falladora declaró la ineficacia de traslado de la demandante de RPMPD al RAIS con efectividad el 01 de enero del 2000 a través de Colfondos S.A.; ordenó a Colfondos S.A. a normalizar la afiliación de la actora en el SIAFP y trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros

previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación en la AFP, gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenó a Colpensiones a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó en costas a Porvenir S.A, a Colfondos S.A. y a Colpensiones a favor de la demandada.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL-1452 de 2019, y la SL 2177 de 2022, en virtud de las cuales, según lo previsto en los artículos 13, literal b) de la ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1994 y el Estatuto Orgánico y Financiero de la época, debía garantizarse la debida información al afiliado al momento del traslado.

En ese sentido, discurrió que las AFP están en la obligación de brindar una información completa, suficiente y necesaria a los futuros afiliados para que, de esta manera, se pueda tomar una decisión libre y espontánea, teniendo conocimiento de los riesgos que implica la decisión de cambiarse de régimen pensional. También manifestó que el simple hecho de que la demandante hubiese firmado el formulario de afiliación no satisface ni prueba el deber de información que ostenta la AFP.

En conclusión, la a quo consideró que tanto Colfondos S.A. como Porvenir S.A., no lograron demostrar que hayan informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo cual, la consecuencia no fue otra que declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, adicionalmente, se ordena la devolución por parte de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. de las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, valores que deberán ser debidamente indexados. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentaron recurso de apelación las siguientes partes procesales:

5.1 COLPENSIONES: Presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando que Colpensiones es un tercero de buena fe; que adicional a ello, se puede observar tanto en el interrogatorio de parte como en las pruebas documentales, que el traslado de régimen pensional realizado por parte de la demandante fue de manera libre y voluntaria, al igual que el traslado horizontal que realizó posteriormente dentro del RAIS; que para el momento en el cual la demandante realizó el traslado del RPMPD al RAIS no se tenía como requisito de procedibilidad el hacer balances pensionales o brindar la información escrita, sino que con el solo hecho de diligenciar el formulario de afiliación se entendía por válido el traslado; que al estar la demandante más de 20 años por fuera del RPMPD el hecho de devolverla al régimen equivaldría a la descapitalización de Colpensiones y a desmejorar los recursos de los demás afiliados que han venido cotizando de manera continua a Colpensiones.

5.2 PORVENIR S.A.: Presentó recurso de apelación argumentando que al momento del traslado horizontal de AFP, la demandante era una persona capaz para hacer un traslado libre, voluntario e informado; que es imposible realizar el traslado de régimen, toda vez que la demandante se encuentra en la prohibición legal de que trata la ley 797 de 2003, debido a que ya está a menos de 10 años de obtener su pensión de vejez; que la actora tenía la obligación de informarse al momento de realizar el cambio de RPMPD al RAIS, así como para el posterior traslado horizontal de Colfondos S.A a Porvenir S.A.; que con respecto a la devolución de los dineros de administración y demás, de conformidad con el literal b) del artículo 113 de la ley 100 de 1993, no es procedente su devolución, sino solo el valor de la cuenta de ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: En la oportunidad procesal manifiesta que se debe revocar la decisión de primer grado, dado que no acreditó ni un solo requisito de los preceptuados en la ley para que opere la ineficacia del traslado.

6.2 Porvenir S.A.: Luego de indicar que resulta improcedente la ineficacia del traslado, pide que se revoque en su integridad la decisión de primera instancia y se absuelva a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto

nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se tiene que la señora Martha Bernarda Romero Rodríguez venía cotizando al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de agosto de 1983, hasta el 31 de diciembre de 1999 (Historia Laboral, archivo No 01. Pág. 32); que el 25 de noviembre de 1999, se trasladó a Colfondos S.A. (Siaf, archivo No 14. Pág. 64); que el 10 de diciembre de 2001 se trasladó a Porvenir S.A. (Siaf, archivo No 14. Pág. 64); que posteriormente el 20 de agosto de 2002 se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. (Siaf, archivo No 14. Pág. 64), entidad donde se encuentra actualmente (Historia Laboral, archivo No 01 Pág. 92 a 96).

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 25 de noviembre de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió COLFONDOS S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 25 de noviembre de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado,

entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del

traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. dado que no les prosperó el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

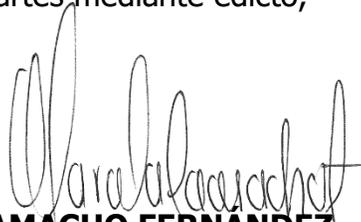
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

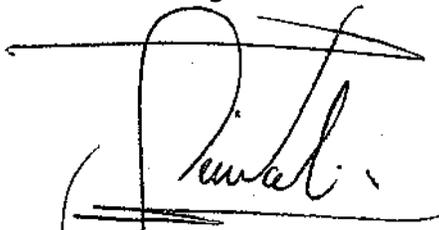
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

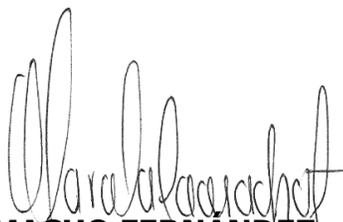


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA ELSA VELÁSQUEZ PENAGOS
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-22-2022-00042-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Elsa Velásquez Penagos instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. que se efectuó el traslado hacia Colpensiones de la demandante junto con todos los aportes, cuotas de manejo y rendimientos, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante durante el periodo del 02 de septiembre de 1992 hasta el año 1999 realizó aportes al ISS, hoy Colpensiones; que el 09 de septiembre de 1999 la demandante se vinculó al RAIS por medio de la AFP Provenir S.A.; que durante y después del traslado de régimen pensional, antes de estar inmersa en la prohibición legal de tener menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión, no se le brindó por parte de la AFP Porvenir S.A. la información pertinente, veraz y oportuna para poder devolverse a Colpensiones; que el 09 de julio del 2021, la accionante radicó un derecho de petición ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen pensional, el cual fue respondido de manera negativa. (Fols. 1 a 7 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF- 04); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias bajo el argumento de que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta

de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento tales como error, fuerza o dolo; que dentro de las solicitudes no se evidencia nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad alguna por parte de la accionante, por el contrario, se observa que el traslado de régimen y posterior afiliación a la AFP demandada se realizó de manera libre y voluntaria; que la demandante se encuentra en la prohibición legal de los 10 años para retornar a Colpensiones. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 38 archivo No 07)

3.2. Porvenir S.A.: La AFP se opuso a las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas en la demanda argumentando que la afiliación realizada por la parte demandante con la AFP fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, esto se prueba en la solicitud de vinculación, en la cual se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993; que no es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, toda vez que para que esta se configure deben haber situaciones o actuaciones dolosas, las cuales no se alegan ni se acreditan en la demanda; que el hecho de que se solicite en la demanda el traslado de los gastos de administración a Colpensiones generaría un enriquecimiento ilícito a favor de esa entidad. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (Fols. 1 a 23 archivo No 05).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de febrero del 2023, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, y en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS, y por lo tanto siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, también se le condenó a realizar la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones; ordenó a Colpensiones a recibir los dineros procedentes de Provenir S.A. y efectuar los debidos cambios a la historia laboral; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A., y a Colpensiones.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia según la cual se le debe garantizar al afiliado la debida información al momento del traslado. Por lo anterior, lo que debió verificarse es si el traslado de régimen pensional realizado por la accionante a la AFP Porvenir S.A. fue eficaz.

En este sentido, discurrió que las AFP están en la obligación de brindar una información completa, suficiente y necesaria a los futuros afiliados para que, de esta manera, se pueda tomar una decisión libre y espontánea teniendo conocimiento de los riesgos que implica la decisión de cambiar de régimen pensional. También manifestó que el simple hecho de que la demandante hubiese firmado el formulario de afiliación no satisface ni prueba el deber de información que ostenta la AFP.

En conclusión, la a quo consideró que Porvenir S.A. no logró demostrar que haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo cual, la consecuencia no fue otra que declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica que nunca se ha trasladado la parte actora al RAIS, adicionalmente, se ordena la devolución por parte de Porvenir S.A. de las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexados y sin lugar a descuento alguno. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentó recurso de apelación las siguientes partes procesales:

5.1 COLPENSIONES. En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado de la demandante se realizó de conformidad con la primera etapa establecida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral frente al deber de información, es decir, que no se exige que la información deba ser escrita; que la demandante no tenía derechos adquiridos al momento de realizar el traslado, por lo que era imposible el hacer una cuantificación en cuanto a la mesada pensional; que el hecho de que la demandante retorne a Colpensiones, representa una desfinanciación del sistema, debido a que al no estar cotizando por más de 20 años, no contribuyó a los recursos pensionales actuales de Colpensiones; que el precedente judicial que está establecido, no se puede aplicar de manera objetiva, sino que se deben estudiar según el caso particular.

5.2 PORVENIR S.A. En la oportunidad procesal correspondiente la AFP interpuso recurso de apelación para que se revoque el fallo proferido argumentando que si bien existe un precedente en el órgano de cierre, no se debe aplicar de manera objetiva, debido a que se deben analizar los hechos de cada caso en concreto, por ello, no es factible ordenar a Porvenir S.A. devolver los gastos de administración a Colpensiones, toda vez que este tipo de gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por esta razón, están sujetos a la prescripción, además que se debe revisar el tema de la indexación.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia ya que no se configura la ineficacia del traslado, además que el traslado genera afectación a la sostenibilidad financiera del sistema; de manera subsidiaria, pide que el fondo privado devuelva la totalidad de las cotizaciones, y que no se condene en costas.

6.2 Porvenir S.A.: Manifiesta que no es procedente la ineficacia del traslado, al no configurarse los requisitos, por lo que, se debe proceder a revocar la decisión de instancia y absolver a la entidad demandada de todas las suplicas incoadas en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS

que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se tiene que la señora María Elsa Velásquez Penagos venía cotizando al régimen de prima media con prestación definida, desde el 04 de septiembre de 1992 hasta el 30 de octubre de 1999 (Historia Laboral, archivo no 01. Pág. 55); que el 09 de septiembre del 1999, se trasladó del ISS, hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A., conforme se registra en el formulario de vinculación (Fol. 53 archivo No 01), administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben

garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL 1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 09 de septiembre de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a*

conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere.”(SL 1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP 15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL 2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos,

pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL 1421 de 2019 y SL 1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 03 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

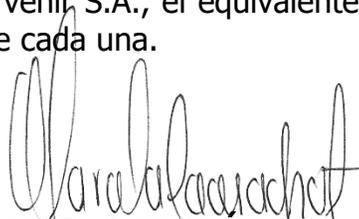


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR MANUEL JIMÉNEZ MORALES
Demandados: COLPENSIONES y OTROS.
Radicación: 110013105-012-2022-00001-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA Y CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Víctor Manuel Jiménez Morales instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Protección S.A. trasladar como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba al demandante y lo mantenga afiliado sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 11 de abril de 1960, que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el mes de junio de 1995, con un total de 179.86 semanas cotizadas; posteriormente se trasladó a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A en el mes de julio de 1995; que al momento del traslado los asesores comerciales de la AFP omitieron información acerca del funcionamiento del RAIS, y no realizaron ningún tipo de proyección acerca de la mesada pensional; luego en el año de 1998 se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y de igual forma en este traslado no se informó acerca de las condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada régimen. Mediante derecho de petición se solicitó a las administradoras de pensiones la ineficacia del traslado, pero le fueron negadas por dichas entidades. La proyección pensional realizada por la AFP Protección dio como resultado una mesada de \$908.526, mientras que en Colpensiones sería de \$2.335.435. (Expediente digital PDF, 01DemandayAnexos.pdf pág. 1 a 22)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 10ConstanciaNotificaciones); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que su vinculación al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria; que el demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003; que los asesores le manifestaron al demandante de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones del nuevo régimen, por ello, la decisión del cambio de régimen es válida, además cuenta con la firma del formulario de afiliación. Propuso como excepciones de mérito las que denominó 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 Electrónico PDF 06ContestacionColpensiones pág. 1 a 14)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento que el traslado estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, razón por la cual es improcedente la declaratoria de ineficacia; el demandante no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento; que no se puede imponer a las administradoras de pensiones cargas posteriores al cambio de régimen ya que al momento de traslado se cumplió con el deber de asesoría acorde a los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993. Expuso 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 Electrónico PDF

09ContestacionPorvenir.pdf pág. 1 a 28)

3.3 AFP Protección S.A.: estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones, alegando que la afiliación fue de manera libre y espontánea según quedó expreso en el formulario de afiliación; que no existió ningún vicio del consentimiento, ya que hizo bajo los términos del Decreto 692 de 1994, norma vigente para la época; que el demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003. 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, reconocimiento de restituciones en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare 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 declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la innominada, y aplicación de precedente sobre actos de relacionamiento al caso concreto.

(Expediente Electrónico PDF 08ContestacionProtección.pdf pág. 1 a 28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero de 2023, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Víctor Manuel Jiménez Morales al régimen de ahorro individual; condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados. De igual forma condeno a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados debidamente indexados; ordenando a Colpensiones a recibir dichos emolumentos actualizando su historia laboral.

La juzgadora de primera instancia sustentó su decisión en el precedente que al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL17595 2017, y SL1452 de 2019, el cual sostienen que las AFPs deben brindar información amplia, necesaria y transparente a los posibles afiliados, además que sobre estas entidades recae la carga de la prueba. Asimismo, afirmó que, en este tipo de procesos no es necesario tener una expectativa legítima para pensionarse ni ser beneficiario del régimen de transición.

Encontró la juzgadora que la AFP del RAIS no cumplió con el deber de información al afiliado, esto es, que le haya informado sobre los riesgos, beneficios y demás características del sistema para así tomar una decisión libre, voluntaria e informada, y aunque no era necesario para la época hacer una proyección, no se acredita que se le haya brindado la debida asesoría. En ese orden, al estar acreditada la ineficacia del traslado, dijo que las cosas deben volver al estado anterior, por ende Protección S.A. debe devolver todos los elementos de la cuenta de ahorro del afiliado a Colpensiones y esta última debe recibirlo sin solución de continuidad, devolución que debe efectuarse con la indexación. Finalmente, manifestó que no se tendrá probada la excepción de prescripción debido a que la ineficacia del traslado persigue un derecho pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 Colpensiones. Solicita la revocatoria de la decisión de primer grado, sustentado en que no se presentó falta de información, además que el demandante bajo su voluntad decidió trasladarse; que la realización de aportes de manera sucesiva connotan la validez de la afiliación y su conformidad en RAIS; que el demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003 y sentencia SU 062 de 2010; que al declarar la ineficacia del traslado se estaría atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema y llevaría a la descapitalización del mismo.

5.2 Porvenir S.A.: Alega que si bien existe un precedente jurisprudencial emitido por el órgano de cierre acerca del asunto de la ineficacia de traslado, tal precedente no se puede aplicar de manera homogénea ya que debe haber similitud de los hechos, lo cual no ocurre en el presente proceso; que el traslado se dio de manera libre y voluntaria cumpliendo con los requisitos necesarios para la época del traslado; que el accionante pudo validar la información acerca del sistema pensional, pero no lo hizo; que la voluntad del accionante se refleja en el formulario de afiliación, mismo que cumple con los requisitos; que frente a los gastos de administración, suma de seguros provisionales y demás emolumentos, no es posible devolverlos ya que son sumas causadas y se generaron por disposición del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que frente a la indexación de los recursos, se estaría condenando en una doble condena. Finalmente, que no es posible condenar en costas ya que la AFP siempre actuó en derecho y de buena fe.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Porvenir S.A.: Aduce que no es procedente la ineficacia del traslado, por lo que, solicita se revoque en su integridad el fallo de primer grado y se absuelva a la demandada de todas las pretensiones.

6.2 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia al no ser procedente la ineficacia del traslado, además que afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

6.3 Demandante.: Manifiesta que debe confirmarse la decisión de instancia, dado que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para su declaratoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Víctor Manuel Jiménez Morales se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de noviembre de 1991 con cotizaciones hasta el 30 de junio de 1995 conforme aparece en la historia expedida por Colpensiones (Expediente Electrónico PDF 01DemandayAnexos.pdf páginas 23 a 27); **que se trasladó a Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 05 de julio de 1995** (expediente electrónico PDF 09ContestacionPorvenir.pdf pág. 29), luego en el mes de diciembre de 1998 se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A., mediante formulario de afiliación No 1010427011, entidad donde se encuentra hasta la actualidad (expediente electrónico PDF 08ContestacionProteccion.pdf pág. 32)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores**

financieros, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 05 de julio de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en

la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colpatria S.A., hoy Porvenir en el año de 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 05 de julio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más

años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos

que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa el concepto de descuentos para **el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de

administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante por no haber prosperado el recurso de apelación propuesto. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

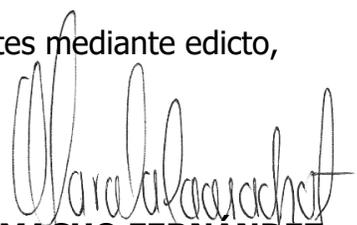
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de febrero del 2023, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, y debidamente indexado, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

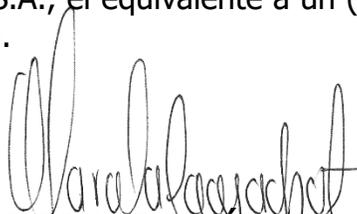

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA CECILIA SERNA MESA
Demandados: COLPENSIONES y OTROS.
Radicación: 110013105-015-2021-00020-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA Y CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Cecilia Serna Mesa instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A., Protección y Skandia S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, y, en consecuencia, se ordene a Skandia S.A. a trasladar todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, incluyendo los rendimientos financieros y el valor del bono pensional. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 23 de octubre de 1969; que comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones desde diciembre de 1989 hasta enero de 1995; que se trasladó a Protección S.A. en febrero de 1995; que la AFP omitió brindarle información acerca del funcionamiento del RAIS, así como las ventajas y desventajas del traslado; que posteriormente se afilió a Skandia S.A.; que el 20 de noviembre de 2020 solicitó a Protección S.A. los soportes de la información brindada al momento del traslado, pero a través de respuesta del 25 de noviembre del mismo año le informaron que la información se suministró verbalmente; que el 20 de noviembre de 2020, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el cual le fue negada en oficio de la misma fecha, con fundamento en que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

(Expediente electrónico, PDF 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 31); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda:

3.1. Colpensiones: Se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por ende, no se puede tener como

afiliada a Colpensiones ni recibir ningún aporte. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Expediente digital PDF 18EscritoContestacionColpensiones.pdf pág. 1 a 11)

3.2. AFP Skandia S.A.: Presentó oposición a las pretensiones aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, además que el traslado se hizo siguiendo los lineamientos del orden jurídico; que Skandia S.A. no fue participe del traslado inicial de la actora; que la entidad siempre ha actuado de buena fe. Propuso como excepciones las que denominó actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen por la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta de 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, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y la genérica (Expediente electrónico PDF-13EscritoContestacionSkandia.pdf pág. 1 a 20)

3.3 AFP Protección S.A.: Se opuso a la totalidad de las pretensiones señalando que a la actora se le brindó el deber de información y tomó una decisión libre y voluntaria mediante la suscripción del formulario de afiliación; que la demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003; que no puede soportar la nulidad o ineficacia del traslado en sus expectativas económicas. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP - inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, traslado entre AFP's como actos de relacionamiento en términos de la sentencia SL4934-2020, y la denominada genérica (Expediente digital DFP 16EscritoContestacionProteccion.pdf pág. 1 a 30)

3.4 AFP Porvenir S.A.: Se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que en lo que respecta al traslado inicial es un tercero ajeno a la controversia; que la actora realizó cotizaciones en el RAIS por más de 20 años, sin mostrar inconformidad, lo que denota su deseo de permanecer en tal régimen. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la innominada o genérica (Expediente digital PDF 46ContestacionPorvenir.pdf pág. 1 a 26)

3.5 Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.: Como llamada en garantía, se pronunció frente a la demanda, oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación fue válida con la suscripción del formulario; que no existe ningún vicio del consentimiento; que el traslado se dio manera libre y voluntaria según las normas de la época.

Frente al llamamiento en garantía se opone expresamente a que tenga obligación de devolver las primas pagadas en virtud de contrato de seguro previsional existente entre la AFP y la compañía de seguros. Propuso como excepciones a las que denominó: Frente a la acción material ejercida por la demandante, Skandia carece de amparo y/o cobertura; Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro; a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las

pretensiones de la demanda; inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A.; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y reconocimiento oficioso de excepciones. (Expediente electrónico PDF 29ContestacionDemandaMapfre)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de enero 2023, en el que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Martha Cecilia Serna Mesa al régimen de ahorro individual; condenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual, como aportes, rendimientos financieros y gastos de administración; ordenó a Colpensiones a recibir tales recursos y acreditarlos en la historia laboral; condenó a Porvenir S.A y Skandia S.A, a trasladar a Colpensiones los gastos de administración durante el tiempo en que duró la vinculación de la actora; absolvió a Mapfre S.A. de todas las pretensiones; condenó en costas a Protección S.A. y Skandia S.A. y a favor de la parte demandante, y a cargo de Skandia S.A. y a favor de Mapfre S.A..

El juzgador de primera instancia sustentó su decisión acogiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre estas la sentencia de radicado No 33983 de 2008, para referirse a que las AFP del RAIS tiene la obligación de brindar información completa y detallada para que el afiliado pueda tomar una decisión informada, asimismo, refirió que los traslados horizontales no convalidan la falta al deber de información; que el simple consentimiento en el formulario no es suficiente; que la carga probatorio está en la AFP no en el afiliado.

Descendiendo al caso concreto manifestó que la AFP Protección S.A. no cumplió con el deber de información, ya que no se evidencia prueba alguna de que haya brindado la información integral requerida, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, con la consecuencia de que se debe devolver los aportes con los rendimientos y gastos de administración, tanto por Protección S.A., como por Skandia S.A. y Porvenir S.A..

Frente a Mapfre S.A. precisó que no hay lugar a imponer condena como llamada en garantía, dada su naturaleza y por cuanto no se establece obligación al respecto en el contrato de seguro que tenía con Skandia S.A.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

6.1 Colpensiones. Manifestó que debe devolverse la totalidad de la cotización, esto es, incluyendo el pago de los seguros previsionales, así como también los aportes y sus rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

6.2 Skandia S.A.: Manifiesta no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración, ya que aquellos ya se causaron y no están en poder de la AFP, además que debe tenerse en cuenta que la AFP generó rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada; que la AFP cumplió con su deber y actuó de buena fe, por lo que no es procedente la devolución de los gastos de administración.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la demandada de todas las suplicas, y en el caso de confirmar la ineficacia, que se confirme la improcedencia de la indexación, ya que los rendimientos obtenidos por la gestión superan los rendimientos de haber permanecido en el RPMPD.

7.2 Colpensiones: Manifiesta que no hay lugar al traslado de régimen ya que no se cumplen los presupuestos de la ley y la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Skandia S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Martha Cecilia Serna Mesa se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de diciembre de 1988 con cotizaciones hasta el 31 de enero de 1995 conforme aparece en la historia expedida por Colpensiones (Expediente Electrónico PDF 20ExpedienteAdministrativo20210917.pdf pág. 1); que se trasladó a Protección S.A. el 03 de enero de 1995 (Expediente electrónico PDF 16EscritoContestacionProteccion.pdf pág. 41); posteriormente se trasladó a Skandia S.A. el 20 de diciembre de 1999 (SIAF, pág. 39 archivo No 16); luego se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 21 de agosto de 2008 (SIAF, pág. 39 archivo No 16); en seguida se trasladó a Skandia el 2 de septiembre de 2010 (SIAF, pág. 39 archivo No 16); acto seguido se devolvió a Porvenir S.A. el 27 de mayo de 2011 (SIAF, pág. 39 archivo No 16); más adelante, se trasladó a Skandia S.A. el 14 de mayo del 2012 (SIAF, pág. 39 archivo No 16); después pasó a Protección S.A. el 15 de noviembre de 2012 (SIAF, pág. 39 archivo No 16); se trasladó a Old Mutual S.A el 21 de noviembre de 2016 (Pág. 35 archivo No 13); luego se trasladó a Porvenir S.A el 23 de mayo de 2017 (SIAF, pág. 60 archivo No 13); y finalmente, se trasladó a Old Mutual S.A. el 24 de septiembre de 2018, entidad donde se encuentra actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, 03 de enero de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida

asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Protección S.A en el año de 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 03 de enero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el

acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa los conceptos de descuentos para **el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora**, además que tampoco se ordenó la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere

celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Llamamiento en garantía. En lo que hace al llamamiento en garantía, como quiera que se absolvió a MAPFRE S.A. de todas las pretensiones, y el recurso de alzada de Skandia S.A. no hace alusión al respecto, en línea de principio no habría lugar a realizar pronunciamiento; sin embargo, como quiera que en esta instancia se ordena que debe SKANDIA S.A. devolver las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, habrá que referirse al tema, pero solo en gracia de discusión.

Es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., el llamado en garantía es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine quanon* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual debe sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; ello por sí solo no evidencia que dicha aseguradora tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Nótese que en la póliza allegada se registró como cobertura principal la de amparar la muerte e invalidez por riesgo común y auxilio funerario, de allí que solo corresponda la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, es claro que habrá de confirmarse la decisión absolutoria respecto del llamado en garantía que se efectuó.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Skandia S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Frente a Colpensiones no se impone, ya que le prosperó parcialmente el recurso en lo que tiene que ver con la devolución íntegra de los aportes. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR al NUMERAL PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de enero del 2023, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A., SKANDIAS.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permeancia de la actora en cada AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, y debidamente indexadas, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de la demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

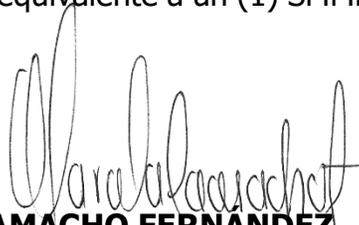


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de SKANDIA S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BIBIANA MARGARITA GÁLVEZ MEDINA
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-030-2021-00274-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Bibiana Margarita Gálvez Medina, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada inicialmente a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. y la posterior realizada a la AFP Colfondos S.A. y, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se trasladó al RAIS con la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. a finales del año 1994 y que posteriormente se trasladó de manera horizontal a la AFP Colfondos S.A. a comienzos del año 1996; que tanto la AFP Colfondos S.A. como Porvenir S.A. incumplieron con el deber de información para con la futura afiliada, y que es deber de tales entidades demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto al cambio de régimen pensional; que el 31 de julio del 2020 la demandante presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, pero le fue respondido el mismo día de manera negativa. (Fols. 01 a 08 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Folio del 1 al 3 archivo No 04); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante al momento de solicitar la nulidad de traslado de régimen pensional, se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, por lo que resulta improcedente el traslado; que la demandante durante 26 años no mostró queja o inconformidad alguna, lo que demuestra su voluntad e intención de permanecer en el RAIS. Como excepciones perentorias propuso las que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 24 archivo No 05)

3.2. Colfondos S.A.: La AFP presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas argumentando que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen pensional, el funcionamiento del RAIS y sus diferencias con el RPMPD, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el RAIS, por ello, la pretensión carece de fundamento y asidero fáctico toda vez que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP Colfondos S.A. haya sido efectuada bajo algún vicio del consentimiento. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al 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, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 14 archivo No 11).

3.3 Porvenir S.A. La AFP se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda argumentando que la afiliación realizada por la demandante con Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación firmada y diligenciada por la accionante, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP; que la afiliada continuó de manera libre y voluntaria por más de 20 años en el RAIS sin mostrar ninguna inconformidad, y solo porque su solicitud de traslado fue negada, inició el proceso en contra de su afiliación. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Fols. 1 a 22 archivo No 09)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS por la demandante a la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, declaró que la demandante se encuentra válidamente vinculada al RPMPD administrado por Colpensiones sin solución de continuidad; condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos sus rendimientos, las comisiones o gastos de administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; condenó a Porvenir S.A. a devolver con cargo a sus propios recursos a Colpensiones, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados por el lapso en que permaneció en la AFP; ordenó a Colpensiones a realizar la afiliación de la demandante al RPMPD y actualizar la información de su historia laboral; declaró no probadas las excepciones; condenó en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a favor de la demandante.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL-1688 de 2019, la SL-4811 de 2020, y la SL-2837 de 2020. Así las cosas, manifestó que lo que se debe analizar es si las AFPs demandadas cumplieron con el deber legal de brindar la correspondiente información, tanto las ventajas y las consecuencias a la futura afiliada.

En ese sentido, consideró que, si bien las AFPs aportaron como prueba documental el formulario de afiliación, este no es suficiente para predicar que existió una decisión

informada, por lo que el requisito de la información con la suscripción de dicho documento no se encuentra satisfecho.

En conclusión, el a quo consideró que tanto Porvenir S.A. y Colfondos S.A. no lograron demostrar en el juicio que se le haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución de los aportes efectuados por la afiliada durante toda su vida laboral al RPM administrado por Colpensiones. Declaró no probada la excepción de prescripción, y gravó en costas a las demandadas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se propuso el recurso de apelación por parte de **Porvenir S.A.**, quien solicitó que se revoque de manera parcial la decisión de instancia con respecto a la devolución de los gastos de administración, toda vez que estos no se encuentran en poder de la AFP, ello debido a que fueron utilizados para administrar de manera integra y oportuna los aportes realizados por la demandante en el tiempo que duró afiliada a dicha administradora de pensiones, además de haberle generado rendimiento a la cuenta de ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante.: En la oportunidad legal solicita que se confirme la decisión de instancia mediante la cual se reconoce en su integridad los derechos sustanciales a favor del demandante.

6.2 Colpensiones: Manifiesta que no es procedente la ineficacia del traslado y retorno de la demandante al régimen de prima media, dado que se encuentra en la prohibición legal del traslado al estar a menos de diez años de adquirir el derecho pensional; que en el evento de confirmar la ineficacia del traslado se ordene a la AFP trasladar la integralidad de las cotizaciones, debidamente indexados.

6.3 Porvenir S.A.: En la oportunidad procesal, manifiesta la improcedencia de la ineficacia del traslado, por lo que debe revocarse la decisión de instancia, absolviéndose de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado

entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora BIBIANA MARARITA GÁLVEZ MEDINA se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 28 de septiembre de 1994, con cotizaciones hasta en 01 de diciembre de 1994 (Fols. 11 a 13 archivo No 01); que el 24 de octubre de 1994 se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. (Fol. 29 archivo No 09); que posteriormente se trasladó de manera horizontal a la AFP Colfondos S.A. el 01 de febrero de 1996 (Fol. 1 archivo No 15), AFP en la que se encuentra afiliada actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que

fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 24 de octubre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de

manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior

del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el subexamine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Porvenir S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 24 de octubre de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Siendo claro que se equivocó la falladora de primera instancia cuando colige que por el hecho de que la demandante haya realizado varios traslados entre AFP se convalidó el traslado inicial, además, que por tal hecho conoció sobre las características del régimen y que aquellas le brindaron información exigida a la actora. No obstante, la jurisprudencia de la CSJ ha señalado de manera reiterada que se exige, es que la AFP demuestre que al momento de la afiliación brindó la información en los términos indicados, prueba que en el presente caso brilla por su ausencia.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de

administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás relacionados, y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11.Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En esta instancia las costas estarán a cargo de Porvenir S.A., dado que el recurso no prospero. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

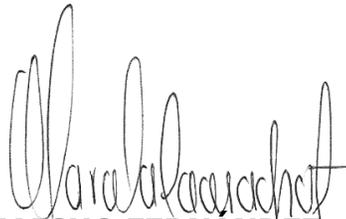
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

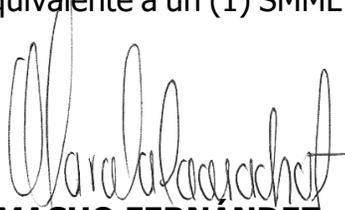


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.1600.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HUMBERTO ALMONACID PINTO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-028-2021-00286-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO-

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Humberto Almonacid Pinto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPM al RAIS, y que, como consecuencia, se declare que la parte actora tiene derecho a la recuperación del RPMPD administrado por Colpensiones; que Porvenir S.A devuelva a Colpensiones por concepto de bono pensional, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial, valores que deberán estar debidamente indexados; que se cancelen los intereses moratorios; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones y a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL desde enero de 1975; que una vez fueron liquidados los mencionados fondos, los aportes fueron trasladados a Colpensiones; que se trasladó al RAIS en el mes de noviembre de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A.; que al momento de realizarse el traslado de régimen pensional Porvenir S.A. no cumplió con la obligación legal de informar de manera suficiente al accionante sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, al igual que incumplió con brindar información clara y suficiente de las características del RAIS; que el 09 de abril del 2021 solicitó ante Porvenir S.A. tener por invalidada la afiliación realizada ante el RAIS y validar tales semanas para efectos de reconocimiento y pago de pensión de vejez; que el 12 de marzo del 2021 el demandante solicitó a Colpensiones la nulidad de la afiliación realizada al RAIS. (Fols. 1 a 08 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF. 10); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. En la oportunidad procesal correspondiente se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que la finalidad de la demanda es tener beneficios económicos en su mesada pensional y no porque se haya presentado la ineficacia del traslado; que el traslado realizado por el demandante se encuentra ajustado al artículo 13 de la ley 100 de 1993, toda vez que el traslado fue voluntario; que al estar afiliada al RAIS por más de 20 años se presenta una ratificación táctica; que de conformidad con el Decreto 2255 del 2010, es un deber legal del afiliado estar informado de su estado pensional; que el demandante no podría trasladarse de régimen pensional debido a que se encuentra en la prohibición de los 10 años de la que trata la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica. (Fols. 2 a 21 archivo No 08).

3.2. AFP Porvenir S.A. La AFP en su contestación se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas, argumentando que la afiliación realizada por el demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, lo cual se puede apreciar en la solicitud de vinculación suscrita por el demandante, la cual cumple con lo previsto en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, además es un documento que se presume auténtico; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de los 10 años de que trata la ley 797 de 2003; que ordenar el traslado de gastos de administración configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (Fols. 01 a 33 archivo No 12)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de febrero de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por el demandante al RAIS el 01 de diciembre de 1998 a la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante; condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante al RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL 5686 de 2021, precisando que debe analizarse si la AFP cumplió y probó en juicio el deber de brindar la correspondiente información al futuro afiliado al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional.

En este sentido, la a quo consideró que no se podría hablar de una manifestación libre, voluntaria y espontánea cuando la persona desconoce las consecuencias que puede llegar a tener frente a sus derechos prestacionales al momento de realizar un cambio de régimen pensional. También argumentó que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente como requisito del deber de información en cabeza de la AFP.

En conclusión, la a quo consideró que Porvenir S.A. no logró demostrar que se hubiese cumplido con el deber de información porque únicamente se demuestra que el demandante firmó el formulario, además que la parte actora no confesó dentro del

interrogatorio tener el conocimiento suficiente para realizar una elección libre de vicios del consentimiento, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar la ineficacia del traslado de régimen, con la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses. Condenó en costas a las demandadas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se interpuso recurso de apelación por parte de **COLPENSIONES** solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que se encuentra probado en las documentales que la elección de realizar el cambio de régimen pensional fue totalmente voluntario, libre y sin presiones; que al permanecer el afiliado por más de 20 años en el RAIS, el hecho de que se le obligue a Colpensiones a afiliarse nuevamente al demandante representaría un deterioro en su capital, afectando principalmente a quienes se encuentran afiliados al RPMP; que Colpensiones al ser un tercero de buena fe no puede ser ni afectado ni beneficiado con la decisión de primera instancia; finalmente, a Colpensiones no le es posible afiliarse nuevamente al demandado toda vez que se encuentra bajo la prohibición legal de los 10 años de que trata la ley 797 del 2003, y que de igual manera el demandante no es beneficiario del régimen de transición por no contar con el mínimo de semanas exigidas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Manifiesta que se revoque la decisión de instancia, dado que no es procedente el traslado de régimen, pues no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales, aunado a que, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

6.2 Porvenir S.A.: Aduce que se debe revocar en su integridad el fallo de primer grado, absolviendo a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse

desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor HUMBERTO ALMONACID PINTO comenzó a cotizar en el ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de enero de 1975 hasta el 05 de mayo de 1983 (Historia laboral. Fol. 50 archivo 01); que entre el 01 de noviembre de 1998 al 30 de noviembre del mismo año cotizó a CAJANAL (historia laboral. Fol. 110 archivo 12); que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 20 de octubre de 1998 (Siafp. Fol. 98 archivo 12); que luego se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 16 de junio del 2000 (Siafp. Fol. 98 archivo 12); posteriormente, retornó a Porvenir S.A. el 26 de diciembre de 2001 (Siafp. Fol. 98 archivo 12), entidad en la cual se encuentra actualmente según historia laboral.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 20 de octubre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión

de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que la demandante no se encontraba afiliada a COLPENSIONES antes del traslado al RAIS, acota la Sala que, de conformidad a los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes en una Caja de Previsión, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto valga traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8362-2022, en la que adocina:

"Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.

De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

(...)

Lo anterior se acompasa por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022".

Así las cosas, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en las sentencias atrás referidas.

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y

rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa el concepto de descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al

momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En esta instancia se condena en costas a Colpensiones por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

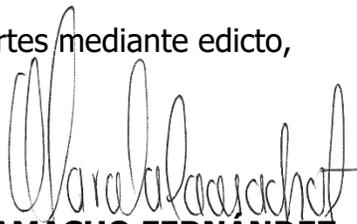
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 06 de febrero del 2023, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. para que traslade a COLPENSIONES si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

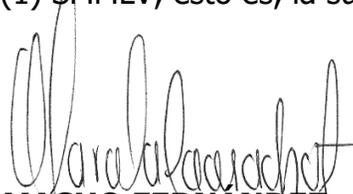


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NORELY SOLANO TORRES
Demandados: COLPENSIONES y OTRAS.
Radicación: 110013105-029-2018-00383-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Norely Solano Torres instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección con el fin de que se declare nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 10 de septiembre de 1959, que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de julio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1995; que se trasladó a la AFP Santander Pensiones en el año de 1994; que los asesores comerciales de la AFP omitieron información acerca del funcionamiento del RAIS, esto es, no realizaron ningún tipo de proyección acerca de la mesada pensional; que el 01 de septiembre de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., entidad que tampoco cumplió con el deber de información; que desde el 3 de octubre de 2017 ha venido solicitando su traslado de régimen ante las entidades de seguridad social, pero le ha sido negada (Expediente electrónico PDF 01ExpedienteaFolio219.pdf página. 60 a 100)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05ConstanciaNotificaciones); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, ya que no se probó error, fuerza o dolo; que la actora se encuentra en la prohibición legal del traslado de que trata el artículo 2º de la ley 797 del 2003 y las sentencias C1024 de 2004 y C789 de 2002; que la demandante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación por el cual se evidencia su plena capacidad de tomar una decisión acerca de su futuro pensional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo debido, buena fe y la denominada genérica. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteFolio219.pdf 125 a 135)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones alegando que la AFP suministró la información suficiente a la demandante al momento de hacer el traslado de régimen, conforme lo previene la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994; que la accionante ha estado por más de 24 años en el RAIS, lo que evidencia su voluntad de permanecer dentro del mismo sistema; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de mérito las denominó falta de integración de litisconsorcio necesario, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica (expediente digital PDF. 01ExpedienteFolio219.pdf 188 a 202)

3.3 AFP Protección S.A.: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que se está frente a un acto existente, válido y libre de vicios del consentimiento; que el traslado estuvo precedido de una decisión libre y voluntaria según lo consagra el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; que la demandante está en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones perentorias las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP Porvenir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutua en favor de la AFP- inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare 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 declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (expediente digital PDF. 01ExpedienteFolio219.pdf 211 a 233)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de julio de 2021, reconstruida el 25 de noviembre de 2022, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Norely Solano Torres al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenó a Porvenir S.A. devolver la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual como lo son aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones, y se abstuvo de imponer condena en costas.

La jueza de primera instancia sustentó su decisión basada en el precedente que al respecto tiene la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde el año 2008, según la cual, se debe garantizar la debida información al afiliado, y que la simple firma del formulario de afiliación no es evidencia del consentimiento informado; que la carga de la prueba está en cabeza del fondo privado, es decir, que les corresponde a las AFP del RAIS demostrar que sí se brindó la información necesaria para hacer el cambio de régimen.

En el caso concreto, adujo que no se evidencia prueba alguna que acredite que los fondos privados hayan brindado ese deber de información a la demandante para la fecha del traslado, esto es, que haya brindado información acerca de las características, beneficios y consecuencias del cambio de régimen, por lo que, dio lugar a la declaración de la ineficacia del traslado con sus respectivas consecuencias, esto es, devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones y descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes, por lo que, se envió el expediente al Tribunal para estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Manifiesta que no es procedente el traslado de régimen, ya que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, además que se encuentra en la prohibición legal por estar a menos de diez años de cumplir los requisitos para pensionarse.

6.2 Porvenir S.A.: Pide que se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a la demandada de las condenas impartidas, ello con fundamento en que no se acredita la ineficacia del traslado.

6.3 Demandante.: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de primera instancia, dado que no se logró demostrar por la AFP el consentimiento informado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Se estudiará la decisión en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Norely Solano Torres se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de julio de 1979 con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1995 conforme aparece en la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (Expediente Electrónico PDF 01, Pág. 15); que se trasladó ING, hoy

Protección S.A. el 15 de octubre de 1997 (Siafp. pag. 161 archivo No 01); luego se trasladó a Colmena el 29 de septiembre de 1999 (Siafp. pag. 161 archivo No 01); posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. el 29 de mayo de 2003 (Siafp. pag. 161 archivo No 01), entidad donde se encuentra hasta la actualidad.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A., esto es, 15 de octubre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió ING en el año de 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado

información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 15 de octubre de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos; sin embargo, se deja por fuera la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la condena en este ítem. En este punto se debe precisar que en la parte resolutive de la providencia se ordena en el numeral segundo y tercero la orden de trasladar los aportes y demás emolumentos a PORVENIR S.A., sin embargo, entiende la Sala que los numerales al ser similares, el numeral tercero corresponde a PROTECCIÓN S.A. y no a PORVENIR S.A., ello por ser la primera entidad donde se trasladó la actora.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los

rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. Sin costas en segunda instancia por haberse estudiado la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

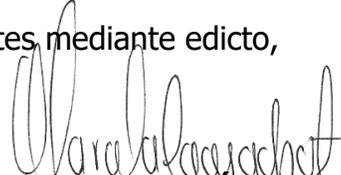
RESUELVE

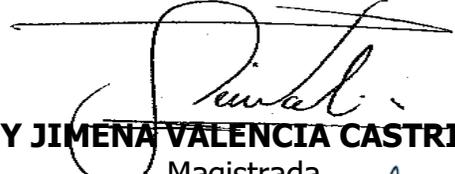
PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2021, reconstruida el 25 de noviembre del 2022, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), para que trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, los conceptos ordenados en los referidos numerales, **debidamente indexados**, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HUMBERTO ALMONACID PINTO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-028-2021-00286-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO-

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Humberto Almonacid Pinto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPM al RAIS, y que, como consecuencia, se declare que la parte actora tiene derecho a la recuperación del RPMPD administrado por Colpensiones; que Porvenir S.A devuelva a Colpensiones por concepto de bono pensional, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial, valores que deberán estar debidamente indexados; que se cancelen los intereses moratorios; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones y a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL desde enero de 1975; que una vez fueron liquidados los mencionados fondos, los aportes fueron trasladados a Colpensiones; que se trasladó al RAIS en el mes de noviembre de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A.; que al momento de realizarse el traslado de régimen pensional Porvenir S.A. no cumplió con la obligación legal de informar de manera suficiente al accionante sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, al igual que incumplió con brindar información clara y suficiente de las características del RAIS; que el 09 de abril del 2021 solicitó ante Porvenir S.A. tener por invalidada la afiliación realizada ante el RAIS y validar tales semanas para efectos de reconocimiento y pago de pensión de vejez; que el 12 de marzo del 2021 el demandante solicitó a Colpensiones la nulidad de la afiliación realizada al RAIS. (Fols. 1 a 08 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF. 10); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. En la oportunidad procesal correspondiente se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que la finalidad de la demanda es tener beneficios económicos en su mesada pensional y no porque se haya presentado la ineficacia del traslado; que el traslado realizado por el demandante se encuentra ajustado al artículo 13 de la ley 100 de 1993, toda vez que el traslado fue voluntario; que al estar afiliada al RAIS por más de 20 años se presenta una ratificación táctica; que de conformidad con el Decreto 2255 del 2010, es un deber legal del afiliado estar informado de su estado pensional; que el demandante no podría trasladarse de régimen pensional debido a que se encuentra en la prohibición de los 10 años de la que trata la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica. (Fols. 2 a 21 archivo No 08).

3.2. AFP Porvenir S.A. La AFP en su contestación se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas, argumentando que la afiliación realizada por el demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, lo cual se puede apreciar en la solicitud de vinculación suscrita por el demandante, la cual cumple con lo previsto en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, además es un documento que se presume auténtico; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de los 10 años de que trata la ley 797 de 2003; que ordenar el traslado de gastos de administración configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (Fols. 01 a 33 archivo No 12)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de febrero de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada por el demandante al RAIS el 01 de diciembre de 1998 a la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante; condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante al RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL 5686 de 2021, precisando que debe analizarse si la AFP cumplió y probó en juicio el deber de brindar la correspondiente información al futuro afiliado al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional.

En este sentido, la a quo consideró que no se podría hablar de una manifestación libre, voluntaria y espontánea cuando la persona desconoce las consecuencias que puede llegar a tener frente a sus derechos prestacionales al momento de realizar un cambio de régimen pensional. También argumentó que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente como requisito del deber de información en cabeza de la AFP.

En conclusión, la a quo consideró que Porvenir S.A. no logró demostrar que se hubiese cumplido con el deber de información porque únicamente se demuestra que el demandante firmó el formulario, además que la parte actora no confesó dentro del

interrogatorio tener el conocimiento suficiente para realizar una elección libre de vicios del consentimiento, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar la ineficacia del traslado de régimen, con la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses. Condenó en costas a las demandadas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se interpuso recurso de apelación por parte de **COLPENSIONES** solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que se encuentra probado en las documentales que la elección de realizar el cambio de régimen pensional fue totalmente voluntario, libre y sin presiones; que al permanecer el afiliado por más de 20 años en el RAIS, el hecho de que se le obligue a Colpensiones a afiliarse nuevamente al demandante representaría un deterioro en su capital, afectando principalmente a quienes se encuentran afiliados al RPMP; que Colpensiones al ser un tercero de buena fe no puede ser ni afectado ni beneficiado con la decisión de primera instancia; finalmente, a Colpensiones no le es posible afiliarse nuevamente al demandado toda vez que se encuentra bajo la prohibición legal de los 10 años de que trata la ley 797 del 2003, y que de igual manera el demandante no es beneficiario del régimen de transición por no contar con el mínimo de semanas exigidas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Manifiesta que se revoque la decisión de instancia, dado que no es procedente el traslado de régimen, pues no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales, aunado a que, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

6.2 Porvenir S.A.: Aduce que se debe revocar en su integridad el fallo de primer grado, absolviendo a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse

desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor HUMBERTO ALMONACID PINTO comenzó a cotizar en el ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de enero de 1975 hasta el 05 de mayo de 1983 (Historia laboral. Fol. 50 archivo 01); que entre el 01 de noviembre de 1998 al 30 de noviembre del mismo año cotizó a CAJANAL (historia laboral. Fol. 110 archivo 12); que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 20 de octubre de 1998 (Siafp. Fol. 98 archivo 12); que luego se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 16 de junio del 2000 (Siafp. Fol. 98 archivo 12); posteriormente, retornó a Porvenir S.A. el 26 de diciembre de 2001 (Siafp. Fol. 98 archivo 12), entidad en la cual se encuentra actualmente según historia laboral.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 20 de octubre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión

de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que la demandante no se encontraba afiliada a COLPENSIONES antes del traslado al RAIS, acota la Sala que, de conformidad a los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes en una Caja de Previsión, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto valga traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8362-2022, en la que adocina:

"Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.

De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

(...)

Lo anterior se acompaña por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022".

Así las cosas, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en las sentencias atrás referidas.

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y

rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa el concepto de descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al

momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En esta instancia se condena en costas a Colpensiones por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

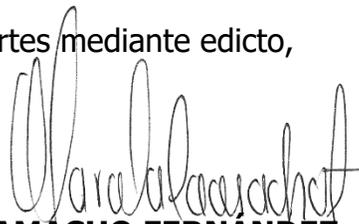
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 06 de febrero del 2023, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. para que traslade a COLPENSIONES si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

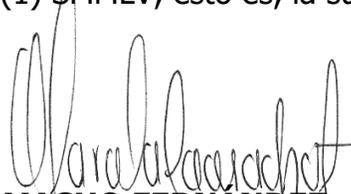


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NORELY SOLANO TORRES
Demandados: COLPENSIONES y OTRAS.
Radicación: 110013105-029-2018-00383-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Norely Solano Torres instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección con el fin de que se declare nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 10 de septiembre de 1959, que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de julio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1995; que se trasladó a la AFP Santander Pensiones en el año de 1994; que los asesores comerciales de la AFP omitieron información acerca del funcionamiento del RAIS, esto es, no realizaron ningún tipo de proyección acerca de la mesada pensional; que el 01 de septiembre de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., entidad que tampoco cumplió con el deber de información; que desde el 3 de octubre de 2017 ha venido solicitando su traslado de régimen ante las entidades de seguridad social, pero le ha sido negada (Expediente electrónico PDF 01ExpedienteaFolio219.pdf página. 60 a 100)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05ConstanciaNotificaciones); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, ya que no se probó error, fuerza o dolo; que la actora se encuentra en la prohibición legal del traslado de que trata el artículo 2º de la ley 797 del 2003 y las sentencias C1024 de 2004 y C789 de 2002; que la demandante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación por el cual se evidencia su plena capacidad de tomar una decisión acerca de su futuro pensional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo debido, buena fe y la denominada genérica. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteFolio219.pdf 125 a 135)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones alegando que la AFP suministró la información suficiente a la demandante al momento de hacer el traslado de régimen, conforme lo previene la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994; que la accionante ha estado por más de 24 años en el RAIS, lo que evidencia su voluntad de permanecer dentro del mismo sistema; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de mérito las denominó falta de integración de litisconsorcio necesario, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica (expediente digital PDF. 01ExpedienteFolio219.pdf 188 a 202)

3.3 AFP Protección S.A.: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que se está frente a un acto existente, válido y libre de vicios del consentimiento; que el traslado estuvo precedido de una decisión libre y voluntaria según lo consagra el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; que la demandante está en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones perentorias las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP Porvenir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutua en favor de la AFP- inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare 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 declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (expediente digital PDF. 01ExpedienteFolio219.pdf 211 a 233)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de julio de 2021, reconstruida el 25 de noviembre de 2022, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Norely Solano Torres al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenó a Porvenir S.A. devolver la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual como lo son aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones, y se abstuvo de imponer condena en costas.

La jueza de primera instancia sustentó su decisión basada en el precedente que al respecto tiene la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde el año 2008, según la cual, se debe garantizar la debida información al afiliado, y que la simple firma del formulario de afiliación no es evidencia del consentimiento informado; que la carga de la prueba está en cabeza del fondo privado, es decir, que les corresponde a las AFP del RAIS demostrar que sí se brindó la información necesaria para hacer el cambio de régimen.

En el caso concreto, adujo que no se evidencia prueba alguna que acredite que los fondos privados hayan brindado ese deber de información a la demandante para la fecha del traslado, esto es, que haya brindado información acerca de las características, beneficios y consecuencias del cambio de régimen, por lo que, dio lugar a la declaración de la ineficacia del traslado con sus respectivas consecuencias, esto es, devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones y descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes, por lo que, se envió el expediente al Tribunal para estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Manifiesta que no es procedente el traslado de régimen, ya que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, además que se encuentra en la prohibición legal por estar a menos de diez años de cumplir los requisitos para pensionarse.

6.2 Porvenir S.A.: Pide que se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a la demandada de las condenas impartidas, ello con fundamento en que no se acredita la ineficacia del traslado.

6.3 Demandante.: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de primera instancia, dado que no se logró demostrar por la AFP el consentimiento informado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Se estudiará la decisión en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Norely Solano Torres se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de julio de 1979 con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1995 conforme aparece en la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (Expediente Electrónico PDF 01, Pág. 15); que se trasladó ING, hoy

Protección S.A. el 15 de octubre de 1997 (Siafp. pag. 161 archivo No 01); luego se trasladó a Colmena el 29 de septiembre de 1999 (Siafp. pag. 161 archivo No 01); posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. el 29 de mayo de 2003 (Siafp. pag. 161 archivo No 01), entidad donde se encuentra hasta la actualidad.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A., esto es, 15 de octubre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió ING en el año de 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado

información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 15 de octubre de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos; sin embargo, se deja por fuera la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la condena en este ítem. En este punto se debe precisar que en la parte resolutive de la providencia se ordena en el numeral segundo y tercero la orden de trasladar los aportes y demás emolumentos a PORVENIR S.A., sin embargo, entiende la Sala que los numerales al ser similares, el numeral tercero corresponde a PROTECCIÓN S.A. y no a PORVENIR S.A., ello por ser la primera entidad donde se trasladó la actora.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los

rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. Sin costas en segunda instancia por haberse estudiado la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

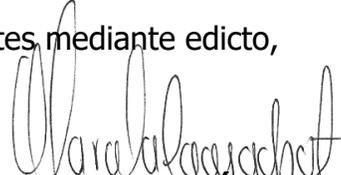
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2021, reconstruida el 25 de noviembre del 2022, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), para que trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, los conceptos ordenados en los referidos numerales, **debidamente indexados**, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JULIO CÉSAR CARABALÍ ISAJAR Y OTROS
Demandada: MURCIA MURCIA S.A.S.
Radicado No.: 110013105-026-2016-00534-01
Tema: CULPA PATRONAL- APELACIÓN

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JULIO CÉSAR CARABALÍ ISAJAR, LUBIA LINEY CARABALÍ ISAJAR, ANYELA MARÍA ISAJAR, YEIMAR MEDINA ISAJAR, WILLY MEDINA ISAJAR, JHOJAN MEDINA ISAJAR, MARY ISAJAR LASSO, y CAMILO MEDINA ISAJAR menor de edad, representado por su madre MARY ISAJAR LASSO, instauraron demanda ordinaria contra MURCIA MURCIA S.A.S., con el propósito de que se declare que entre el primero de los demandantes y la demandada existió de un contrato de trabajo desde el 16 de octubre de 2012 hasta el 01 de septiembre de 2013; que se declare la existencia de la culpa patronal atribuible al empleador, en consecuencia, se condene a la indemnización total y ordinaria de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, tanto para el primer demandante en calidad de ex trabajador, como para los demás demandantes en calidad de beneficiarios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se celebró contrato de trabajo el 16 de octubre de 2012, vigente hasta el 01 de septiembre de 2013; que el 22 de febrero de 2013 sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba el servicio en una trilladora, esto es, que se le enredó el guante de la mano derecha en la trilladora y le amputa todo el miembro superior derecho; que de conformidad con el diagnóstico de la Clínica del Meta S.A., presenta "amputación traumática a nivel entre el hombro y el codo, piel y faneras sin estigmas de lesiones"; que fue dado de alta el 28 de febrero de 2013; que nuevamente fue hospitalizado el 05 de marzo de 2013, y es intervenido quirúrgicamente el 12 de marzo de 2013, practicándole injerto de piel parcial, desbridamiento escisional por lesión de tejidos profundos y terapia VAC, dándole de alta el 20 de marzo de 2013; que la ARL SURA lo calificó con una PCL del 57.25%, lo que dio lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 28 de mayo de 2013, en cuantía de \$589.500; que el 26 de septiembre de 2013, se le dio por terminado el contrato de trabajo a partir del 01 de septiembre de 2013, ello con fundamento en que tenía reconocimiento pensional por parte de la ARL SURA; que para la fecha de terminación del contrato contaba con 25 años de edad, un sueldo básico más horas extras de \$688.665; que el accidente de trabajo le ocasionó secuelas permanentes en su cuerpo, lo cual causan una gran depresión psicológica; que el señor Carabalí Isajar sufre de trastorno depresivo Vs reacción situacional, además que no tiene indicación actual de uso de prótesis por la no tolerancia al contacto; que la demandada no cumplió con las recomendaciones necesarias para operar la máquina trituradora, además no hizo capacitaciones de

experiencia y destreza, al igual que no le dio a conocer las más elementales normas de seguridad industrial; que el 17 de febrero de 2016 elevó reclamación de la indemnización del artículo 216 del CST, ante la demandada, pero no le ha sido respondida; que el accidente de trabajo ocasionó un daño irreparable tanto para el trabajador como para sus familiares (fol. 108 a 120 archivo No 01).

2. Contestación MURCIA MURCIA S.A.S.: Al dar respuesta al libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que le corresponde al demandante probar el incumplimiento de la obligación legal del empleador de ofrecerle a su trabajador las medidas de seguridad, pero el actor no cumplió con esa carga probatoria, solo hace afirmaciones sin contar con soporte probatorio alguno y por el contrario, la demandada si cuenta con prueba suficiente del cumplimiento de su obligación de que obró con total diligencia en la adopción de las medidas de seguridad frente a su trabajador. Como excepciones de mérito rotuló las de ausencia de culpa del empleador, cobro de lo no debido, buena fe del demandado, mala fe del demandante, prescripción, e inexistencia de la culpa suficientemente comprobada. (fols. 141 a 150 archivo N. 01).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de octubre del 2022, en la que la fallador declaró la existencia de la culpa patronal en el accidente sufrido por Julio Cesar Carabalí Sajar, en cumplimiento de las labores encomendadas por la demandada MURCIA MURCIA S.A., y en consecuencia, la condenó al pago de 35 SMLMV a favor de Julio César Carabalí Sajar, por concepto de perjuicios morales; \$91.493.297,47 por concepto de lucro cesante consolidado y \$149.984.106,36 por lucro cesante futuro; \$25 SMLMV al menor DILAN ANDRÉS CARABALÍ GONZÁLEZ, representado por la señora LUZ MARINA CARABALÍ GONZÁLEZ, en calidad de hijo del demandante, y el equivalente a 25 SMLMV a la señora MARY ISAJAR LASSO en calidad de madre del actor, por concepto de perjuicios morales; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que no existía controversia en lo referente a la existencia de la relación laboral, ya que fueron hechos aceptados por la demandada, además que se corrobora con el contrato de trabajo y la liquidación final de prestaciones, con lo cual, dio por acreditado que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 16 de octubre de 2012 hasta el 01 de septiembre de 2013.

En lo referente a la culpa patronal, concluyó que hay lugar a condenar por tal pedimento al encontrarse acreditados los tres elementos estructuradores de la misma, esto es, la ocurrencia del accidente o enfermedad profesional, el daño generado por causa o con ocasión al trabajo y el nexo causal entre el daño y la culpa, ello, en razón a que la empresa demandada no tenía control, vigilancia y supervisión en la actividad desarrollada por el demandante; que pese a que la demandada suministró unas capacitaciones sobre riesgos mecánicos, no puede sostenerse que haya existido culpa exclusiva de la víctima, dado que no existió supervisión sobre el cierre de las guardas de protección, es decir, no se podía permitir el inicio de la labor sin haberse percatado de que la máquina estaba en buen estado de funcionamiento, además el demandante no era el encargado de manipularla ante alguna falla, lo que genera falta de supervisión y vigilancia.

Precisó que *"el accidente ocurrió por no prever las consecuencias de no tener una supervisión sobre la labor a ejecutar, en conclusión del conjunto de las pruebas recaudadas en el informativo queda en evidencia el nexo causal entre el hecho lesivo y el resultado final o daño generado, es decir, la relación de causa y efecto para que se predique una obligación del empleador en resarcimiento de los perjuicios producto del siniestro que ocasionó la lesión del demandante, al estar suficientemente comprobada la*

culpa de la sociedad demandada en la ocurrencia del trabajo del trabajo razón por lo cual se hace necesario imponer condenas por concepto de culpa comprobada de la empleadora'.

En ese orden, condenó por lucro cesante consolidado el valor de \$91.493.297 y \$149.984.106,36 por lucro cesante futuro; 35 SMLMV a favor de Julio César Carabalí Sajar por perjuicios morales; \$25 SMLMV en favor del menor DILAN ANDRÉS CARABALÍ GONZÁLEZ, representado por la señora LUZ MARINA CARABALÍ GONZÁLEZ, en calidad de hijo del demandante, y el equivalente a 25 SMLMV a la señora MARY ISAJAR LASSO en calidad de madre del actor, por concepto de perjuicios morales.

No se efectuó ninguna condena en relación con los demás demandantes, ya que no aparece acreditado el vínculo o parentesco existente con el demandante, siendo necesario contar con los registros civiles conforme lo establecido en el Decreto 1260 de 1970.

En cuanto a la pretensión del daño en la vida de relación, manifestó que no se allegó al plenario prueba alguna para determinar en que medida sufrió dicho daño con el fin de tasarlo.

Finalmente, estudió la excepción de prescripción aduciendo que no operaba, ya que la calificación de pérdida de capacidad laboral fue puesta en conocimiento del demandante el 22 de agosto de 2013, la reclamación la presentó el 12 de febrero de 2016, interrumpiendo la prescripción con la habilitación de tres años para interponer la demanda, esto es, hasta el 12 de febrero de 2019, siendo presentada la demanda el 14 de octubre de 2016, con lo cual, no se encuentra configurada tal medio exceptivo. (Audiencia virtual- Archivo No 33).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte demandante. Manifiesta que presenta inconformidad en la condena por el daño moral, ya que debe ser el máximo, pues fue un evento totalmente catastrófico para la vida del demandante, esto es, la pérdida de su miembro superior derecho, el cual lo dejó en una condición limitante, tal como se demostró con los testimonios, además que estuvo en riesgo de perder la vida, incluso ni siquiera aún ha podido tener una prótesis, por lo que, el perjuicio moral debe ser el máximo solicitado; que en relación al lucro consolidado, el mismo debe ser por un monto mayor, ello teniendo en cuenta la fecha de nacimiento, la fecha del accidente y su corta edad, además de la expectativa de vida probable certificada por el DANE, la cual para los hombres en estos momentos está alrededor de los 77 años, luego, la operación aritmética desde el momento que él sufrió el accidente y la vida probable le da aproximadamente unos 45 a 48 años de vida probable; que el demandante debido al accidente y a su corta edad, ya no puede realizar muchas cosas que antes realizaba, es decir, el daño fue grave y debe corresponder con la máxima condena; que en cuanto a la vida de relación, la misma se ve ampliamente perjudicada porque el demandante ya no cuenta con un brazo y eso afecta para las actividades propias de su plan de vida, además se ve afectado en las demás actividades de producción; que su calidad de vida se ve afectada, tanto la de él como frente a sus hijos y frente a todos los miembros de su familia, incluso frente a los miembros de la sociedad, lo que se demostró con los testimonios e interrogatorio del demandante; que el daño moral del hijo y de su madre debe ser más, ya que los testimonios fueron bastantes contundentes en indicar que los hijos han sufrido matoneo en el colegio y la su madre a raíz del accidente ha padecido quebrantos de salud que le afecta en su vida; que respecto a la compañera del demandante, le asiste derecho a la reparación por daño moral en un 100% e igualmente los hermanos tienen derecho, allegando los respectivos registros civiles y aplicando la tasa máxima, ya que se probó con la prueba testimonial y

además es propio de la condición humana que cuando un hermano pierde un brazo se ven afectados sus familiares, máxime si su hermano estuvo a punto de perder la vida, además que su hermano ya no tendrá una vida normal, por lo que, ese solo hecho le genera un daño irreversible. En síntesis, peticona que se debe modificar la decisión de instancia, condenando a mayores valores, lo que implica también el aumento de las costas procesales.

4.2 Parte demandada MURCIA MURCIA S.A.S.: Manifiesta que se debe revocar la decisión de instancia, dado que en lo relacionado con los perjuicios morales y el daño a la vida en relación, no existe ninguna probanza y en efecto, tal como lo indicó el despacho, no se pueden hacer conjeturas, circunstancia que en igual sentido se infiere de la culpa suficientemente comprobada, ya que la parte demandante no hizo ningún esfuerzo por traer al proceso una sola prueba que fuera indicativa de la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto del accidente de trabajo acontecido al demandante el 22 de febrero de 2013; que el despacho desconoció las pruebas documentales que ni siquiera fueron tachadas de falsas ni sospechosas, ni tampoco desconocidas por la parte demandante habiendo sido suscritas por ella, y en estas se da cuenta de la diligencia y del cuidado que tuvo la demandada, pues le previno de los riesgos al demandante, incluso no se tiene en cuenta que el demandante venia ejerciendo la actividad hace tres meses; que a diario se hacían capacitaciones y el despacho utiliza el informe de la ARL para realizar conjeturas, ya que en tal informe indica que debe hacerse refuerzos, es decir, indica que existían las medidas de prevención solo que debían reforzarse; que el testimonio del señor Jairo Alberto Rojas da cuenta y explica por qué no requería de señalización en su momento el punto donde ocurrió el accidente, pues era un punto que no estaba expuesto y por ende, no requería de señalización; que el despacho concluye que hubo falta de supervisión por el hecho de que el demandante levantó la tapa e introdujo la mano, sin detener la misma previo a realizar la limpieza, lo que en si constituye una conjetura para declarar responsable de la indemnización plena de perjuicios, sin existir ninguna probanza relacionada con la culpa suficientemente comprobada; que de la prueba arrojada al proceso, se infiere que la demandada actuó con diligencia y el cuidado en la prevención de los riesgos que le ocasionaron la fatal consecuencia al demandante; que de conformidad con el informe de accidente de trabajo de la ARL, en ningún momento la defensa de la entidad fue buscar un eximente de responsabilidad endilgándole culpa exclusiva de la víctima, sino que la defensa radica en que hubo ausencia de culpa del empleador porque fue totalmente diligente en las capacitaciones que se le dieron tanto en la inducción como en la reinducción; que se presentaron varias capacitaciones previas al accidente de trabajo relacionadas con factores de riesgo mecánico en la trituradora móvil; que el testigo Atilano Manuel Jarabo Fernández estuvo presente cuando sucedió el accidente y dio cuenta cómo se debía operar la máquina, indicándole al demandante lo que no podía hacer, entre estas, no introducir la mano sin que estuviera la máquina parada; que igualmente el testimonio del señor José Gerardo Villa, coordinador de salud ocupacional estableció claramente y se corrobora con las capacitaciones que se dio cumplimiento a las medidas de seguridad; que el concepto de la ARL pide que se refuercen las medidas de seguridad, pero de allí no se infiere la culpa suficientemente comprobada, por lo que, no corresponde la condena a pagar una indemnización plena de perjuicios por más de cuatrocientos millones de pesos; que el juzgado apreció erróneamente las pruebas en que fundamentó su decisión, especialmente el concepto de la ARL Sura y el informe de investigación, al igual que los testimonios; que el demandante no debía introducir la mano sin solicitar que pare la máquina; se pregunta cuál supervisión requería el demandante sí ya se le habían dado absolutamente todas las capacitaciones sobre prevención de riesgos; que el accidente se presentó sin culpa del empleador, al contrario aconteció por imprudencia y falta de pericia del demandante, quien por su propia voluntad y arbitrio de forma sorpresiva e inesperada introdujo su mano en la máquina estando en operación y sin explicación o razón alguna;

que se deben declarar probadas las excepciones de inexistencia de culpa suficientemente comprobada e inexistencia o ausencia de culpa del empleador, máxime cuando no hay ninguna probanza que sea indicativa de la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia; que los testigos no fueron presenciales y no les constaba absolutamente nada.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandada: Solicita que se desestime el recurso de alzada propuesto por el demandante y se revoque la decisión de instancia, absolviendo a la entidad de todas las suplicas de la demanda.

5.2 Demandante: Alega registros civiles de los demandantes para efectos de que se tenga en cuenta en la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico:** ¿Se configura la culpa patronal del artículo 216 del C.S.T, y por ende, hay lugar a la condena impuesta por indemnización plena o total y ordinaria de perjuicios, ordenada en primera instancia?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes que entre el señor Julio César Carabalí Isajar y Murcia Murcia S.A. sostuvieron un vínculo laboral entre 16 de octubre de 2012 al 01 de septiembre de 2013, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Obra, devengando la suma de un salario mínimo legal mensual, tal como se extrae del contrato de trabajo (Fol. 211 a 213 archivo No 01), la carta de terminación del contrato (Fol. 65 archivo No 01) y la liquidación final de prestaciones (Fol. 66 Archivo No 66); tampoco existe controversia en torno a que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 22 de febrero de 2013, suceso que le fue calificado como de origen laboral, con una pérdida de capacidad laboral del 57.25% (Fol. 688 archivo No 01).

4. Responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo. Es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: **(i)** la

ocurrencia del siniestro o daño; **(ii)** la culpa del empleador y **(iii)** el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL 1679 – 2019). En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL13653-2015, sostuvo que esta carga probatoria se invierte al empleador cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo:

« (...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

De manera que, conforme al señalado criterio jurisprudencial, en principio la parte actora tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 de la norma adjetiva laboral, no obstante, cuando el trabajador o los afectados con el siniestro imputan al empleador el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, la carga de la prueba queda en cabeza del empleador, quien puede liberarse de la culpa que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al artículo 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

4.1 Hecho dañoso/ocurrencia del riesgo/daño. En el caso materia de estudio se suscita por un riesgo profesional, siendo que el accidente de trabajo ocurrió el 22 de febrero de 2013, tal y como se detalla en el "INFORME DE ACCIDENTE DE TRABAJO DEL EMPLEADOR O CONTRATANTE" de la ARL SURA S.A. (fols. 206 a 782 archivo No 01), en donde se describe que: "El trabajador se encontraba en su puesto de labor cuando observa que la maquina se atasca en una de sus bandas por la presencia de piedras transportadas por la misma banda e intenta sacar dichas piedras con su mano, sufriendo atrapamiento con el rodillo de la banda generándole amputación en el brazo derecho", accidente que fue calificado por la ARL SURA S.A., como de origen laboral, con una pérdida de capacidad laboral del 57.25% (Fol. 688 archivo No 01), con lo cual se encuentra plenamente acreditado el hecho dañoso o la ocurrencia del riesgo laboral.

4.2 Culpa patronal. Habida cuenta que el a quo determinó que en efecto existió culpa patronal, y que a ello se opuso la entidad demandada en el recurso de apelación, debe decirse por esta Sala de Decisión que en efecto se encuentra acreditada, por las siguientes razones:

Empecemos por señalar que el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de Murcia Murcia S.A. (Fol. 341 a 344 archivo No 01), establece que la entidad demandada "se compromete a dar cumplimiento a las disposiciones legales vigentes, tendientes a garantizar los mecanismos que aseguren una adecuada y oportuna prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de conformidad con los artículos 34,

57, 58, 108, 205, 206, 217, 220, 221, 282, 283, 348, 349, 350 y 351 del Código Sustantivo del Trabajo, la ley 9 de 1979, **Resolución 2400 de 1979**, Decreto 614 de 1984, Resolución 2013 de 1986, Resolución 6398 de 1991, Resolución 1016 de 1989, Decreto 1295 de 1994, Decreto 1772 de 1994 y demás normas que con tal fin se establezcan”.

Ahora, en tratándose de zonas de producción donde se utilicen máquinas, tal como acontece con MURCIA MURCIA S.A., empresa que requirió de la maquina “Clasificadora POWER SCRREN” para la ejecución del proyecto “*mejoramiento de la vía que conduce de San Carlos de Guaroa Km0+000 al alto de pompeya- cruce ruta 40 al km56+500 Municipio de San Carlos de Guaroa y Villavicencio departamento del Meta*”, la Sala debe remitirse a las normas que regulan esta materia, y para ello la resolución 2400 de 1979, en su título VIII relativo a “*máquinas-equipos y aparatos en general*”, en su artículo 267 estipula: “**Los órganos móviles de las máquinas, motores, transmisiones, las piezas salientes y cualquier otro elemento o dispositivo mecánico que presente peligro para los trabajadores, deberán ser provistos de la adecuada protección por medio de guardas metálicas o resguardos de tela metálica que encierre estas partes expuestas a riesgos de accidente**”.

Por su parte, el artículo 273, prescribe que: “**Cualquier parte de las máquinas o equipos que debido a su movimiento o funcionamiento mecánico ofrezca riesgos al personal, tales como (...), equipos, materiales o piezas afiladas o salientes, deberán estar resguardadas adecuadamente. Los resguardos deberán ser diseñados, construidos y utilizados de tal manera que suministren protección efectiva y prevengan todo acceso a la zona de peligro. Los resguardos no deberán interferir con el funcionamiento de la máquina, ni ocasionar un riesgo para el personal**”.

De igual manera, el artículo 266 prescribe: “**Las máquinas, herramientas, motores y transmisiones estarán provistos de desembragues u otros dispositivos similares que permitan pararlas instantáneamente, y de forma tal que resulte imposible todo embrague accidental.** (...) artículo 268. **La limpieza y engrasado de las máquinas, motores, transmisiones, no podrá hacerse sino por el personal experimentado y durante la parada de los mismos**, o en marcha muy lenta, salvo que existan garantías de seguridad para los trabajadores. (...) artículo 270. **Ningún trabajador quitará o anulará los resguardos, aparatos o dispositivos de seguridad que protejan una máquina o una parte de la misma que sea peligrosa, excepto cuando la máquina esté parada** con el fin de arreglar o reparar dichos resguardos, accesorios o dispositivos”. (negrilla y subrayado fuera del texto)

Conforme con lo anterior, en el sub examine tenemos que, la máquina “Clasificadora POWER SCRREN” que ocasionó la amputación del miembro superior derecho del señor Julio César Carabalí no estaba provista de los mecanismos adecuados de protección, pues ello se logra extraer con meridiana claridad del “formato de investigación de incidentes y accidentes de trabajo” de la ARL SURA (Fol. 202 a 205 archivo No 01), en la que de manera concluyente en el árbol de causas se menciona “las tapas que protegen los mecanismos en movimiento estaba abiertas”; igualmente en el resumen de causas y conclusiones, se establece como causa inmediata “métodos y procedimientos peligros” e “inadecuadamente protegidos”, asimismo, como causa básica la “Supervisión y liderazgo deficiente”

Ahora, debe tenerse en cuenta lo dicho por Jairo Alberto Rojas Torres, quien como asesor en temas de riesgos laborales de la ARL SURA tuvo conocimiento del accidente de trabajo e hizo parte de su investigación, manifestando que la máquina no tenía señalización o advertencia en puntos en los cuales no se debía introducir objetos y elementos, pero que ello no era necesario porque se trataba de puntos cerrados o de difícil acceso; sin

embargo, dijo que la máquina tenía una guarda de protección, pero que para el momento del accidente fue levantada y no se pudo identificar o aseverar que la haya levantado el trabajador accidentado.

Igualmente, para estos fines, resulta diciente la versión del señor José Gerardo Villa Barbosa, quien laboró para la demandada como auxiliar de seguridad y salud en el trabajo y luego como coordinador de seguridad y salud en el trabajo, quien manifestó que ninguno evidenció de manera directa el accidente; sin embargo, "nos imaginamos que por la premura de pronto del tiempo, del olvido de una falla humana no bajaron las guardas de seguridad y la guarda quedó abierta al parecer por el colaborador que tenía a cargo esa zona donde se presentó ese accidente".

Esta Sala considera que tal como lo dispone la norma de seguridad industrial antes relacionada, ningún trabajador puede quitar o anular los dispositivos de seguridad que protegen la máquina, excepto cuando este parada, normatividad que se transgredió, sin que se logre establecer que haya sido el promotor de la litis quien levantó la tapa de seguridad, y en todo caso, ello deja entrever que en efecto no existió supervisión en la labor desarrollada por el actor, quien además no tenía como función manipular la máquina o reparar los eventuales daños. Ahora, frente al argumento de defensa relacionado con que el accidente del trabajo ocurrió por un actuar inseguro del trabajador, se debe acotar, lo que sobre el punto ha considerado la jurisprudencia (SL1911-2019): *"En todo caso, así hubiese un actuar imprudente del trabajador (...), ello no exime al empleador de implementar medidas de prevención efectivas para evitar accidentes de trabajo en el lugar de prestación del servicio, o en otros términos, la responsabilidad de la empresa en el accidente o la enfermedad no desaparece en el evento de que el trabajador lleve a cabo un comportamiento descuidado o imprudente (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017 y CSJ SL2824-2018)"*.

De otra parte, alude la norma atrás referida que **"La limpieza y engrasado de las máquinas, motores, transmisiones, no podrá hacerse sino por el personal experimentado y durante la parada de los mismos, o en marcha muy lenta, salvo que existan garantías de seguridad para los trabajadores"**, previsión que se incumplió por la demandada, pues no obra en el expediente prueba de que previo a iniciar las labores por el actor, se haya documentado el estado de la máquina, su buen funcionamiento y lo más importante, la verificación de que la "guarda de protección" estuviera cerrada y que no fuera de fácil levantamiento por terceras personas no autorizadas. De haberse ejercido en debida forma la labor de supervisión, no se hubiera expuesto al demandante a tal riesgo.

A folio 228 del expediente digital No 01, obra un formato rotulado como "Análisis de Trabajo Seguro" en la operación de la "Tamizadora Power Screen", en la que se detalla al personal involucrado en esa operación, esto es, el Jefe de Procesamiento, Auxiliares de Obra y Operadores de Maquinaria, indicándose que previo a entrar en operación la máquina, debe "realizar inspección pre operacional", la cual consiste en lo siguiente: "de acuerdo a lista de chequeo preoperacional, entre otras, revisar tensión de las bandas, tomillería, revisar baterías, mangueras y conexiones, etiquetas de seguridad, estructura, protecciones, informar anomalías", actividad que le compete al jefe de procesamiento y no al actor, quien fungía como auxiliar de obra, siendo para el caso concreto el señor Atilano Manuel Jaraba Fernández, persona que solo mencionó que al actor se le dieron capacitaciones sobre los riesgos de atrapamiento, pero nada adujo respecto al chequeo preoperacional, y si en efecto verificó la "tapa" de seguridad, siendo obligación de la entidad que "antes de operar la maquina efectúe la inspección preoperacional" (Fol. 230

archivo No 01), entre estas, revisar que los mecanismos de seguridad de la máquina estén adecuados de manera correcta.

Así mismo, nótese que tampoco la máquina a la que aquí se hace referencia contaba con un dispositivo de seguridad que permitiera pararla instantáneamente con el objetivo de que "resulte imposible todo embrague accidental", ya que nada de ello se logra extraer del acervo probatorio, estando la defensa solo referida a que brindó las respectivas capacitaciones, sin detenerse a demostrar en el plano material que la operación de la máquina contaba con las medidas de seguridad y protección adecuadas en punto a prevenir cualquier clase de riesgo, entre estos, el atrapamiento del que fue objeto el actor, siendo evidente que ello aconteció por no haber efectuado la inspección preoperacional, pues allí se hubiera dado cuenta el Jefe de procesamiento de que la "tapa" de seguridad no se encontraba asegurada o cerrada, sin que diera lugar a plantear hipótesis como la referida a que pudo el actor haberla levantado, pues le correspondía a la demandada asegurarse de que **"Ningún trabajador quitará o anulará los resguardos, aparatos o dispositivos de seguridad que protejan una máquina o una parte de la misma que sea peligrosa"**.

Ahora, no desconoce la Sala que al actor le fue suministrada la dotación para el desempeño de su labor, tal como se otea a folios 572, al igual que unas capacitaciones como aparece en el registro de asistencia de folio 573 a 581; no obstante, ello no resultaba suficiente, pues además de las fallas en la implementación del sistema de seguridad y salud en el trabajo respecto a la máquina en la que el actor desarrollaba su actividad de auxiliar de obra, también tenemos que en la investigación del accidente de trabajo se detalla con suficiencia las hipótesis y análisis de causalidad del accidente, donde se delinea lo siguiente: *"prácticas indebidas en la supervisión del funcionamiento de la maquina", "supervisión y liderazgo deficiente", y "trabajador con un alto nivel de impericia, no cumple normas"* (fols. 204).

En el mismo informe, se establecen unos controles a implementar según lista priorizada de causas, en el que se propone: *"Mantener capacitación a los jefes de procesos sobre factor de riesgo mecánico, y mejorar las competencias en el rol de seguridad y su responsabilidad, continuar con la formación de líderes en seguridad y salud en el trabajo", "como medida de refuerzo, realizar diagnóstico de detalle de riesgo mecánico en equipos de trituración e implementar las acciones del mismo"*, lo que lleva a la Sala a inferir que el actor durante el desempeño laboral siempre estuvo expuesto al riesgo, ya que hubo deficiencia en la supervisión del funcionamiento de la máquina trituradora y no se ejerció por parte del personal competente la verificación preoperacional de la misma, en particular, en hacer la lista de chequeo previo y constatar que la "tapa" de seguridad haya estado cerrada y asegurada ante cualquier manipulación de terceros no expertos o no autorizados para manipular la máquina ante eventualidades como la que condujo al accidente del demandante.

Igualmente, llama la atención de la Sala que a folio 275 a 383 obre el programa de salud ocupacional de la empresa demandada, pero contiene fecha de aprobación el 25 de febrero de 2013, es decir, con posterioridad al accidente de trabajo, lo que conduce a inferir que para la fecha en que aconteció el infortunio laboral no contaba con dicho programa, siendo obligación adoptarlo conforme lo establecía en su momento la Resolución No 1016 de 1989.

Así las cosas, queda acreditado en el plenario la negligencia o actitud omisiva del empleador en el accidente de trabajo en comento, al faltar a sus obligaciones de supervisión, inspección, verificación y exigencia de acatamiento irrestricto de las normas legales y reglamentarias de seguridad industrial, en especial frente a la falta de la adecuada protección de la "tapa" de seguridad, la falta de verificación de la prohibición de manipular la maquina en movimiento o funcionamiento, y la ausencia de paro de emergencia, pues el trabajador estaba expuesto a la ejecución de una labor riesgosa y que comprometía su vida e integridad, dejando al azar o al vaivén de las circunstancias la ocurrencia del riesgo a que estaba expuesto, lo que sirve de fundamento para la imputación de responsabilidad subjetiva a título de culpa de la demandada por la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el señor Carabalí Isajar.

4.3 Nexo causal. Demostrado como quedó que ocurrió un accidente de trabajo, y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptando las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el actor, resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

5. Estimación de los valores condenados. Considera el apoderado de la entidad demandada que la condena es desorbitante, y por otro lado, la parte demandante aduce que se debe condenar a los máximos valores. Así las cosas, se estudiarán las condenas en los siguientes términos.

5.1 Lucro cesante. Sobre este tema, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 30 de julio de 2005, radicación 22.656, enseñó:

*"En cuanto tiene que ver con el 'lucro cesante', habrá de distinguirse el "pasado", esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente -10 de octubre de 1996-a la de desvinculación laboral -7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del 'lucro cesante futuro', es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula, **el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo; y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio -atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y reducida aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--**, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital..."*

Igualmente, viene a propósito en este punto traer a colación la sentencia del 12 de septiembre de 1991, expediente 6572, en la que H. Consejo de Estado observa:

"Como sería absurdo negar indemnización argumentando que la víctima no ha sufrido pérdida patrimonial alguna, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en tales circunstancias el monto indemnizable por lucro cesante se liquida teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad sufrido por aquélla".

5.1.1 Lucro cesante consolidado. En lo que hace a los materiales irrogados, importa resaltar que el lucro cesante consolidado comprende la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que pudiendo percibirse, no se logra por causa de la lesión. Por manera que, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicados N° 35261 del 2010, y 39446 de 2012), el mismo se ha calcular desde la fecha de terminación del contrato laboral (01 de septiembre de 2013) hasta la fecha de la sentencia de primer grado (-21 de octubre de 2022 - ya que se está revisando si el cálculo realizado por el a quo se ajusta o no a derecho), actualizando a valor presente el salario devengado que corresponde a la suma de \$1.000.000, esto es, un salario mínimo legal mensual, al tiempo de tenerse en cuenta que la enfermedad laboral le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 57.25% (fols. 187 archivo No 01), arrojando la suma de \$572.500, como lucro cesante mensual. Así las cosas, se obtiene un lucro cesante consolidado de **\$84.908.541,06** con base en 111.23 meses transcurridos entre la terminación del contrato y la fecha de la sentencia de primera instancia.

5.1.2 Lucro cesante futuro. En punto a calcular el lucro cesante futuro debe partirse de la operación de multiplicar el monto indemnizable actualizado con deducción de réditos por anticipo de capital (6% anual o 0.5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la aludida fórmula que al efecto establece la jurisprudencia en cita, con base en la expectativa de vida del actor según la Resolución No. 1555 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia (tablas de Mortalidad). Así, teniendo en cuenta para la fecha de la sentencia de primera instancia el actor contaba con 35 años, por haber nacido el 27 de agosto de 1987 (fol. 208 archivo No 01), su expectativa de vida es de 45.6 años, lo que equivale 547.2 meses, que arrojan un valor por pagar de **\$107.026.285,67**.

Fecha del cálculo	21 de octubre de 2022
Género	Hombre
Fecha de nacimiento	27 de agosto de 1987
Fecha de estructuración de la PCL o fecha de terminación del contrato	1 de septiembre de 2013
Salario actualizado a la fecha	1.000.000
% de pérdida de capacidad laboral	57,25
% lucro cesante	572.500
Valor lucro cesante mensual (LCM)	\$ 572.500,00
Edad a la fecha del cálculo	35,17534247
Años de expectativa de vida R-1555 de 2010	45,6
No. de meses a calcular LCC	111,23
No de meses expectativa LCF	547,2
Tasa de interés anual (ia)	6%
Tasa de intereses mensual (im)	0.5 %

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

VA=LCM * Sn	
LCM	\$572.500,00
Sn	0,741559311
Sn	148,3118621
VA	\$ 84.908.541,06

LUCRO CESANTE FUTURO	
VA=LCM (1+i) ⁿ⁻¹	
i(1+i) ⁿ	
VA=LCM	14,3203608
	0,076601804
VA=LCM	186,9454772
VA=	\$ 107.026.285,67

TOTAL LCC + LCF	\$ 191.934.827
------------------------	-----------------------

En consecuencia, le corresponde por esos conceptos, la suma total de **\$191.934.827**, , valor inferior al que liquidó y condenó la A quo, de ahí que se tenga que modificar la decisión de instancia, dado que la parte demandada fue recurrente en este aspecto. Ahora, como quiera que no obra en el expediente la liquidación efectuada por el despacho de origen, no es posible determinar las imprecisiones que se hayan cometido, y en todo caso, la liquidación realizada por esta judicatura se encuentra acorde a los parámetros decantados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como se indicó en las providencias atrás referidas.

De otro lado, no es procedente como lo solicita el actor, que tenga en cuenta la expectativa de vida que establece el DANE, ya que para efectos del cálculo de la indemnización de que trata el artículo 216 del CST, es preciso acudir a la Resolución No. 1555 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que establece las tablas de Mortalidad. Además, porque dicha tabla es la que se debe utilizar por parte de las entidades del sistema de seguridad social (Artículo 2 Resolución 1555 de 2010), en particular las que componen el sistema general de riesgos profesionales, por ende, dado que la indemnización del artículo 216 del CST es una indemnización que proviene de un riesgo de carácter laboral, resulta aplicable y no la expectativa de vida que puede sacar el DANE, pues aquellos datos se utilizan para otros fines.

5.2 Perjuicios morales ex trabajador. En punto del resarcimiento de esta clase de "daño", la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 1999-02191, en lo pertinente expuso:

"(...)"

"Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.

"Al respecto, [d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales' (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas.civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003), es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inocuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos' (Flavio Peccenini, *La liquidazione del danno morale*, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss).

"Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

"Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador".

Criterio acogido por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencias SL1911-2019 y SL4665-2018, en donde reitera lo adocinado por la misma Corporación en sentencia SL 32720 de 2008, asienta que: "en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño»".

Así, con apoyatura del *arbitrio iudicis*, para determinar el monto de los perjuicios morales, se parte de la base de que la pérdida de capacidad laboral a causa del accidente de trabajo fue considerable, esto es, del 57.25 % de capacidad laboral y amputación de su miembro superior derecho, aunado a que la gravedad del accidente se encuentra soportado con la historia clínica de folios 40 a 54, que refleja la situación hospitalaria que tuvo que pasar a causa del accidente y su evolución; además las diferentes minusvalías y discapacidades calificadas por la ARL SURA (fol. 55), permiten concluir a la Sala que ordinariamente producen pesadumbre y angustia en las personas, por lo que se estima proporcional y ajustado el reconocimiento del valor que de conformidad con su "arbitrium iudicis", sentenció la juez primigenia, esto es, 35 SMLMV.

No está por demás decir que, aquellos perjuicios encuentran sustento en que la afectación en la salud del actor, especialmente en que a causa del accidente, le impide llevar una vida del todo normal, y además continua en tratamiento, y así se manifiesta en su historia clínica: "*presenta depresión y estrés post traumático*", es decir, su estado de salud se vio muy comprometido como consecuencia de la exposición al riesgo, lo que desdice la manifestación de la parte apelante al querer minimizar la afectación o el daño y por ende la tasación de tal perjuicio.

5.3 Daño a la vida de relación. En lo atinente al daño a la vida de relación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4913 de 2018, memora lo expuesto en la sentencia del 30 de octubre de 2012, radicación No 39631, adocina:

*“En tanto que los daños en la vida relación se generan por el “menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; **es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial.**” (sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema del 22 de enero de 2008, radicación 30.621)“.*

En igual sentido, en la misma providencia hace alusión a la doctrina que al respecto tiene el Consejo de Estado desde la sentencia del 6 de mayo de 1993, radicación No 7428, respecto del perjuicio fisiológico o a la vida de relación, y parafraseando el libro de responsabilidad civil del tratadista Javier Tamayo Jaramillo, explica que: *“el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia...”.*

Del mismo modo, trae a colación lo adoctrinado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que expresa: *“[...] a más de lo expuesto, la doctrina de la Sala Civil de esta Corporación enseña que “[el] perjuicio, en los términos de este fallo [daños en la vida relación], puede ser padecido por la víctima directa o por otras personas cercanas, tales como el cónyuge, los parientes o amigos, y hace referencia no sólo a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que también puede predicarse de actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, requieren de un esfuerzo excesivo, o suponen determinadas incomodidades o dificultades”.*

Descendiendo al *sub examine*, no existe prueba alguna de una afectación al demandante, pues a los testigos Julián Andrés Campo y Miller Caicedo Bejarano, quienes fueron compañeros de trabajo, solo se les hizo una pregunta al respecto y ambos refirieron que su estado anímico cambió e hicieron inferencias personales respecto del accidente y su relación frente a su familia, pero nada dijeron en lo que se aduce a “otras actividades rutinarias” como lúdicas, recreativas o deportivas, por lo que, no puede en este aspecto el juzgador sacar conclusión sin soporte acreditativo. La Sala no desconoce que debido a la magnitud del accidente de trabajo se pudieron haber generado afectaciones en su esfera personal y familiar, sin embargo, debía traer al cartulario alguna probanza que diera soporte a sus pedimentos, la cual brilla por su ausencia.

5.4 Perjuicios morales familiares. En cuanto al resarcimiento de estos perjuicios, la A quo procedió a impartir condena a favor de Dilan Andrés Carabalí González en calidad de hijo y a favor de Mary Isajar Lasso en calidad de madre del actor; al tiempo que absolvió de las pretensiones incoadas en relación con Luz Marina Carabalí González en calidad de compañera permanente, William Medina Bejarano en calidad de padre adoptivo, Luvia Liney Carabalí Isajar, Jerson Stivens Carabalí Isajar, Anyela María Isajar, Yemar Medina Isajar, Willy Medina Isajar, Jhojan Medina Isajar, y Camilo Medina Isajar en calidad de hermanos, considerando que no eran procedentes en la medida que, no se encuentra acreditada la relación de parentesco.

Al respecto, de tiempo atrás tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en materia de perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo, es posible en principio presumirlos, a menos que el daño sea invocado por personas ajenas al núcleo familiar del accidentado, a quienes sí les asiste el deber de demostrarlos; igualmente ha sostenido que su tasación queda al prudente

arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor (SL1911-2019, SL4665-2018, SL32720 de 2008, entre otras).

Con fundamento en lo anterior, acertó la juzgadora de instancia con respecto a Dilan Andrés Carabalí González en calidad de hijo y a favor de Mary Isajar Lasso en calidad de madre del actor, ya que en esta clase de pedimentos no es necesario acreditar los perjuicios morales irrogados, pues los mismos deben presumirse, en tanto que le corresponde a la pasiva derribar la presunción *iuris tantum* con la prueba del hecho contrario. En este sentido, en sentencia SL4213 de 2019, se dijo al respecto:

"En efecto, esta Corporación ha adoctrinado en la sentencia CSJ SL del 6 de jul. 2011, rad. 39867, reiterada por la CSJ SL13074-2017, que *«los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados»*; los primeros, son aquellos resultantes *«de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso»*; mientras que los otros son los que *«exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, [p]síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir»*.

Así mismo, como se señala en la anterior providencia, no es suficiente con asegurar que un hecho dañoso -accidente laboral o enfermedad laboral-, ha originado un perjuicio moral, sino que *«hay que comprobar los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima y la incidencia de aquel insuceso en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador»*.

Igualmente, debe tenerse presente, que el aludido fallo recordó lo ilustrado en la CSJ SC del 5 de may. 1999, rad. 4978, en punto a que la **«Presunción de hombre (presunción hominis) o presunción judicial»**, que ha de entenderse: (Negrilla del texto original)

[...] *como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge»*.

Lo anterior significa que se presume el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de crianza.

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron.

Adicionalmente, en la publicitada sentencia esta Sala también reiteró lo asentado en la CSJ SL,15 oct. 2008, rad. 32720, allí se dijo que:

[...] *el pretium doloris o precio del dolor, como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera. Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo."*

Posición que ha sido pacífica y reiterativa por el citado máxima Corporación de la jurisdicción laboral, tal como lo fue en sentencias SL4223-2022, SL187-2022, SL3749-2021, SL2665-2021, SL5656-2021, SL5686-2018, SL-4794-2018, SL1525-2017, SL10194-2017, SL17547-2017, rad. 29644 -2007, rad. 32.720-2008 y rad. rad. 42433-2013, entre otras.

Ante ese panorama jurisprudencial, fue un hecho indiscutido en el proceso la relación de parentesco entre el señor Julio César Carabalí Isajar y Dilan Andrés Carabalí González (hijo) y Mary Isajar Lasso (madre), circunstancia que se logra además acreditar con los registros civiles de nacimiento con núm. serial 31569337 (Fol. 69) y 5890477 (Fol. 70), respectivamente, que fueron allegados junto con la demanda.

En cuanto a la incidencia del accidente de trabajo en los sentimientos íntimos de su hijo y su señora madre, por la conducta del empleador, ha de decir la Sala que en el plenario no se halla medio de persuasión tendiente a derribar la presunción de la que se benefician, por el contrario, se ratifica con el hecho de que a consecuencia del accidente de trabajo que sufrió su ser querido, tuvieron que sortear la calamitosa situación de su salud y evolución clínica, lo que de por sí trae consigo aflicción, angustia o dolor y la obvia afectación psicológica y familiar. Conclusión a la que se arriba luego de verificar en su historia clínica que desde que aconteció el calamitoso accidente estuvo hospitalizado, generándole como consecuencia la *"amputación traumática del hombro y del brazo, nivel no especificado"* (Fol. 489).

Así las cosas, es innegable para la Sala que el accidente laboral que sufrió el actor, los ha afectado emocionalmente, máxime cuando producto del mismo, le causó una pérdida de capacidad laboral del 57.25%, permitiendo deducir con ello la generación del daño, por lo que, se estima proporcional y ajustado el reconocimiento del valor que de conformidad con su *"arbitrium judicis"*, sentenció la a quo, esto es, 25 SMLMV a favor del menor Dilan Andrés Carabalí González (hijo) y el mismo rubro a favor de Mary Isajar Lasso (madre).

De acuerdo con los reseñados lineamientos, dada la incuestionable pérdida de capacidad laboral del 57.27 % a causa del accidente de trabajo ocasionado por culpa imputable al empleador, resulta proporcional y ajustado el valor que de conformidad con su *"arbitrium judicis"*, sentenció el a quo, pues no puede tarifarse en 100 salarios mínimos como lo pide el demandante, ya que aquella no es ni la naturaleza ni la finalidad de tal condena, es decir que si bien existe criterios de ponderación no existe una tabla que arroje un valor fijo dependiendo el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. En tal sentido, la súplica del actor en este aspecto no tiene acogida.

Ahora, en cuanto a los demás familiares que se aduce en el libelo genitor, como Luz Marina Carabalí González en calidad de compañera permanente, William Medina Bejarano en calidad de padre adoptivo, Luvia Liney Carabalí Isajar, Jerson Stivens Carabalí Isajar, Anyela María Isajar, Yemar Medina Isajar, Willy Medina Isajar, Jhojan Medina Isajar, y Camilo Medina Isajar en calidad de hermanos, debe acotar la Sala que solo se allegó las cédulas de ciudadanía (Fols. 510 a 517), documentos con los cuales no es posible inferir *"los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima"*, es decir, como bien lo dedujo la a quo, no lograr acreditar el vínculo que los une con el demandante principal para efecto de que opere la presunción.

Al respecto puede tenerse en cuenta lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL13074-2014, en la que hace el estudio de quienes están legitimados para solicitar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, precisando que se debe acreditar *"la naturaleza del vínculo, la condición de damnificado y su cercanía con la víctima directa"*, en los siguientes términos:

"No basta afirmar que un hecho dañino (accidente laboral o enfermedad laboral) ha ocasionado un perjuicio moral, sino que hay que comprobar los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima y la incidencia de aquel insuceso en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador.

(...)

En resolución: pese que a la actora estaba legitimada para demandar los daños morales, y al no probar que hacía parte del grupo de parentesco o familiaridad cercanos a la víctima, en el que se presume la aflicción o el dolor, le competía acreditar tales perjuicios, tarea que no honró”.

Así las cosas, al no existir prueba respecto del parentesco de los reclamantes con el demandante víctima del accidente laboral, no queda otro camino que despachar cualquier pretensión por ellos enarbolada frente a la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, máxime, si en el caso de la compañera permanente no se trajo ninguna prueba testimonial que dé cuenta de ese vínculo, al contrario, de la documental de folio 492 se desprende que *"vive en casa arrendada con su madre y diez hermanos y el padrasto"*, es decir, nada indica que haya tenido la calidad de compañera permanente como se indica en la demanda.

Ahora, de los testigos Julián Andrés Campo y Miller Caicedo Bajarano nada se puede desprender al respecto, ya que solo en una pregunta manifestaron generalidades de la situación anímica del actor y de su inferencia frente a sus familiares, pero en modo alguno dieron cuenta ni siquiera como se constituía el núcleo familiar, por lo que, con tales probaturas no es posible abrir camino a una eventual condena por perjuicios morales a favor de los aquí reclamantes.

Finalmente, en cuanto a las documentales allegadas en el transcurso de la segunda instancia, no pueden tenerse en cuenta, dado que la oportunidad procesal para allegar las probanzas era la primera instancia, ya que el debate probatorio es en ese momento procesal y no en el trámite de la alzada. Para ello, téngase en cuenta el artículo 60 del CPT y SS, que señala: *"El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo"*, lo que en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL13682-2016, ha entendido que *"allegar a tiempo las probanzas, implica que las partes las aporten dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación, o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder, antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal. Por consiguiente, los documentos que no son incorporados debidamente resultan inoponibles, no siendo viable que de manera desprevenida los litigantes aporten cualquier prueba en estas condiciones, para que se les imparta valor probatorio y se tengan en cuenta en la decisión de fondo"*

Colofón de todo lo expuesto, se modificará la sentencia en lo pertinente.

6. Costas. Sin costas en esta instancia, dado que ambas partes interpusieron recurso de alzada sin que haya prosperado el recurso en los términos en que fue propuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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 NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida el 21 de octubre del 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"TERCERO: CONDENAR a la demandada MURCIA MURCIA S.A.S. a pagar las sumas de dinero:

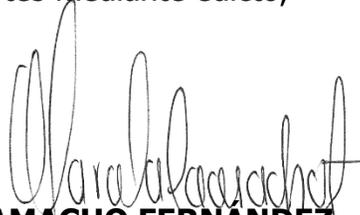
(...)

- **\$84.908.541,06**, por concepto de lucro cesante consolidado.
- **\$107.026.285,67**, por concepto de lucro cesante futuro.
- (...)”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NANCY GUTIÉRREZ CRUZ
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 29-2021-00430-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nancy Gutiérrez Cruz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS, y, en consecuencia, que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad. En tal virtud, se ordene al fondo privado realice la devolución de todos los dineros, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados de la cuenta de ahorro individual; mientras a Colpensiones que reactive su afiliación. Así mismo, pidió lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó al ISS, hoy Colpensiones hasta el año 1994, ya que dado a la desinformación brinda por la AFP Colmena, hoy AFP Protección S.A., firmó formulario de traslado al régimen de ahorro individual el 29 de abril de 1994, siendo efectivo a partir del 1 de mayo del mismo año. Refirió que aquella afiliación se realizó sin haber suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conlleva su decisión de traslado de régimen.

(Expediente electrónico PDF 01Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico PDF 05NotificacionColpensionesyAgenciaNacional20220202); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la oportunidad procesal correspondiente la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones presentadas en la demanda argumentando la afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos para dicho momento, sin que observe la configuración de algún vicio en el consentimiento o que no se le haya brindado información clara, completa o veraz para el momento de los hechos. Como excepciones de fondo propuso las que denominó 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 genérica. (Expediente electrónico PDF 06ContestaciónColpensiones20220215)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de recorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que no faltó con su deber de información, siendo que su consentimiento estuvo mediado de amplia asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, lo que quedó plasmado en los formularios de vinculación. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el sistema general de pensiones y genérica. (Expediente electrónico PDF 08ContestaciónProtección20220217)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de diciembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado pensional realizada ante la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y, en consecuencia, condenó a ésta devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, rendimientos y garantías de la pensión mínima, concediéndole el término de 30 días hábiles, para tal efecto. Ordenó a Colpensiones recibir estos conceptos y actualizar la historia laboral. Por último, se abstuvo de condenar en costas.

Para arribar a tal decisiva, sostuvo que, de conformidad con el criterio decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que debe analizarse es si la AFP cumplió y probó en juicio el deber de brindar la correspondiente información al futuro afiliado al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional. En este sentido, consideró que no se podría hablar de una manifestación libre, voluntaria y espontánea cuando la persona desconoce las consecuencias que puede llegar a tener frente a sus derechos prestacionales al momento de realizar un cambio de régimen pensional, sin que la simple firma del formulario de afiliación sea suficiente para cumplir con dicho requisito.

Bajo ese norte, estimó que el fondo de pensiones codemandado no logró demostrar que cumplió con el deber de información, pues solo allegó el formulario de afiliación, además, la parte actora no confesó dentro del interrogatorio tener el conocimiento suficiente para realizar una elección libre de vicios del consentimiento, por lo que debía declarar la ineficacia del traslado de régimen.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando que se debe adicionar la devolución de los valores correspondientes a los seguros previsionales y gastos de administración por parte de AFP Protección S.A.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo a la luz del precedente judicial establecido por la Corte Suprema de Justicia, el formulario de afiliación no es suficiente prueba que conduzca a demostrar que la AFP proporcionó información completa y comprensible.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se

llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibidem*. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Nancy Gutiérrez Cruz se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1º de febrero de 1978, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad; quien se trasladó a Cesantías y Pensiones Colmena hoy AFP Protección S.A. el 29 de abril de 1994, mediante la suscripción del formulario núm. 1010006810, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria

además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a Cesantías y Pensiones Colmena hoy AFP Protección S.A., esto es, 129 de abril de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta

de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, la censura no se equivoca al señalar que procede la devolución de todos estos valores, lo cual se impone que deba ser debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como la falladora de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Esto último tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado

jurisdiccional de consulta, como: "un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia, dado que prosperó la alzada propuesta por Colpensiones en lo relativo a la devolución íntegra de los aportes.

En mérito de lo expuesto, 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,

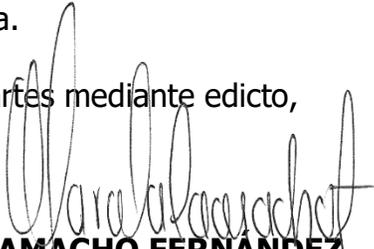
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 2 de diciembre del 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones, además de los conceptos ordenados el referido ordinal, las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **NANCY GUTIÉRREZ CRUZ**, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PATRICIA CECILIA PRADA BRETÓN
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 32-2019-00771-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Patricia Cecilia Prada Bretón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare que existió vicio en el consentimiento al momento de firmar el formulario de vinculación al RAIS, por falta de información cierta, clara y oportuna. En consecuencia, solicitó la nulidad y posteriormente la ineficacia del traslado al citado régimen y, por tanto, para todos los efectos pensionales nunca dejó de estar vinculada al RPMPD; y sea condenada a AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos financieros a Colpensiones y que está a su vez los reciba; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, señaló en síntesis que se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 17 de mayo de 1990 y hasta el 18 de febrero de 1991, en la medida que el 10 de septiembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Colmena, hoy AFP Protección S.A., momento para el cual el promotor del citado fondo no le brindó información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del régimen, ni le informó sobre las ventajas y desventajas del traslado. (Expediente digital, PDF 11001310503220190077100_C001, págs. 5 a 35).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 11001310503220190077100_C001, pág. 136).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Dio respuesta con oposición a la totalidad de las pretensiones aduciendo que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección S.A. Como excepciones de mérito propuso las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los

actos jurídicos, inexistencia de derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollas en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005 y genérica. (Expediente digital, PDF 11001310503220190077100_C001, págs. 153 a 171 y PDF 05SubsanaciónColpensiones)

3.2. Porvenir S.A. Al momento de recorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la nulidad pretendida no puede ser otra que una nulidad relativa, pues no se cumplen los supuestos necesarios para argüir una nulidad absoluta, como lo sería el objeto o causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad o la incapacidad absoluta. Refirió que no se logra evidenciar soporte alguno en el proceso la acreditación del error, fuerza o dolo, más aún cuando las características, condiciones, ventajas y desventajas de RAIS se encontraban en la ley. En su defensa formuló las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 11001310503220190077100_C001, págs. 183 a 204)

3.3. AFP Protección S.A. Se opuso a las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante a la AFP es plenamente válida y eficaz debido a que se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación, el cual cumplió con todos los requisitos de ley. Propuso las excepciones de mérito denominadas como 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 restituciones mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a AFP Skandia, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y genérica. (Expediente digital, PDF 03ContestaciónDemandaProtección)

3.4. Skandia S.A. En audiencia celebrada el 2 de febrero de 2022, se dispuso su vinculación en calidad de litisconsorte necesario por pasiva y en tal calidad, presentó escrito de intervención con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la época y conforme a los postulados de buena fe, siendo válida, toda vez que se materializó bajo los lineamientos legales y normativos y jurisprudenciales que regula el acto jurídico, por tanto, no existen causales de nulidad que invaliden la afiliación de la demandante al RAIS.

En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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, lo accesorio sigue la suerte de lo principal- falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 15ContestaciónDemandaSkandia)

4. Contestación demanda y llamamiento en garantía

4.1. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. En un mismo escrito no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, toda vez que según lo narrado en las declaraciones y/o pretensiones de la demanda, se tiene como sujetos pasivos a entidades que no son la aseguradora. A pesar de lo anterior, señaló que el acto de afiliación al RAIS, atendiendo las regulaciones normativas acerca del derecho de información sobre el particular que en la respectiva época regían, las AFP demandadas debieron cumplir a cabalidad con lo que correspondía. Formuló las excepciones de mérito que rotuló acto jurídico de la afiliación al RAIS fue debidamente informado y toda las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad" sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP Skandia S.A., legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse al régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

Con respecto al llamamiento en garantía se opuso a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con Mapfre S.A., proponiendo las excepciones que denominó inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia S.A., y por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de las pretensiones. (Expediente digital, PDF 20ContestacionDemandaMapfre)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de diciembre de 2022 en la cual el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS por la demandante a través de Colmena hoy AFP Protección S.A., así como los posteriores traslados entre administradoras del RAIS. En tal virtud, condenó a ésta y Skandia S.A. a trasladar con destino a Colpensiones las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que estuvo afiliada a dichas AFP, debidamente indexado.

Ordenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual, lo que incluye aportes efectuados junto con sus rendimientos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a la AFP, debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; absolvió a la llamada en garantía Mapfre S.A. y gravó en costas únicamente a la AFP Protección S.A.

Para arribar a tal decisión, indicó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral con sentencia de radicado núm. 31989 del 2008, ha señalado que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación cuando no se demuestre el deber de información al afiliado o el consentimiento informado, carga probatoria que recae sobre el fondo de pensiones, quienes deben acreditar que brindó información clara y suficiente, explicando

los riesgos, beneficios y características de cada uno de los regímenes, sin que para este efecto se útil la simple suscripción de un formulario. Con fundamento en ello, estimó la inexistencia de medio de persuasión tendiente a acreditar cuál fue la información brindada a la demandante de acuerdo con el precedente jurisprudencial y lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, lo cual ratifica con el interrogatorio de parte que surtió.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que, aunque existe un criterio jurisprudencial respecto a la ineficacia, cada caso debe ser analizado de forma particular. Refirió que la actora no debe ser exonerada de su deber de ilustrarse frente a una decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, por lo que teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, lleva a concluir que negligente frente a este aspecto, más aún cuando no hizo uso del derecho de retracto.

5.2. Porvenir S.A. En su alzada argumentó que el traslado fue eficaz y válido, pues a la actora le brindó información y fue acompañada por promotores, por lo que de conformidad con el artículo 9º del Código Civil, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su no aplicación, siendo una presunción legal que las leyes son de conocimiento de todos los habitantes del territorio. Adujo que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante es público y que se presume auténtico, mismo que contiene la declaración del que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre y espontánea sin presiones.

5.3. Skandia S.A. Como sustentó del recurso de apelación señaló que el literal B del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que en los dos regímenes pensionales se debe descontar el ingreso base de cotización y un porcentaje por gastos de administración, el cual va a ser destinado a financiar la prima de reaseguro de seguros de invalidez y sobrevivientes. Indicó que esta comisión de administración no es de la afiliada, tampoco está destinada a financiar una pensión de vejez, porque en los dos regímenes pensionales la ley dispone que dicho porcentaje es a favor de las administradoras de pensiones. Lo anterior, lo apoyó en sentencia con radicado núm. 00161 del 13 de mayo de 2010, donde se definió la indexación.

6. Alegatos de conclusión

6.1. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor aduciendo que, previa asesoría verbal, amplia y suficiente brindada en el lugar de trabajo de la actora, la afiliación con las AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue expresamente admitido y como se lee del formulario de afiliación suscrito y cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento el medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con el fondo.

6.2. Colpensiones. Señaló que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante ante la AFP en el año 1996, en tanto obra como soporte de dicha vinculación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico, además, no existe ninguna prueba, tampoco un indicio que demuestre que el traslado se desarrolló con la presencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, prueba de ello son las firmas del formulario de afiliación que acredita la aceptación voluntaria libre y sin presión de la demandante de construir pensión en un fondo privado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, Skandia S.A. y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Patricia Cecilia Prada Bretón se afilió al ISS hoy Colpensiones el 4 de abril de 1995, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1996, quien se trasladó el 1º de octubre de 1996 al RAIS por medio de Cesantías y Pensiones Colmena, hoy AFP Protección S.A.; 22 de febrero de 1999 a Fondo de Pensiones Colpatria hoy AFP Porvenir S.A.; el 15 de febrero de 2006 a Skandia S.A.; y el 7 de octubre del 2014 a AFP Porvenir S.A., entidad donde actualmente permanece la demandante.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la Cesantías y Pensiones Colmena, hoy AFP Protección S.A., esto es, 1º de octubre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca

la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Cesantías y Pensiones Colmena, hoy AFP Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1º de octubre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de los fondos privados demandados (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada una de las AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Por lo anterior, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

10. Llamamiento en garantía. En lo que hace al llamamiento en garantía de Mapfre S.A., es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito sine qua non que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual debe sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; ello por sí solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

En ese sentido, es claro que habrá de absolver de las pretensiones a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. respecto del llamado en garantía que se efectuó.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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

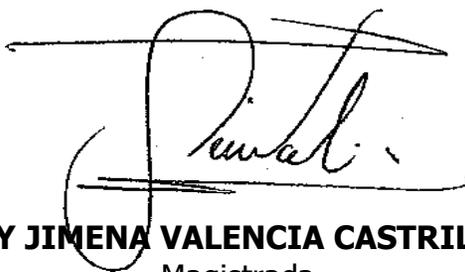
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones, Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HUGO ALBERTO MORENO VERGARA
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 31-2022-00186-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Hugo Alberto Moreno Vergara instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, se condene a los fondos privados devolver al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. Así mismo, se ordene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por las AFP codemandadas e incorporarlos a la historia laboral en pensiones del afiliado y el pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que trasladado del RPMPD al RAIS a través de AFP Porvenir S.A. el 1 de mayo de 1996, entidad en la que permaneció hasta el 1 de julio de 1998, pues a partir de dicha data suscribió un contrato de vinculación con la AFP Protección S.A. Indicó que la decisión de realizar el traslado de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente información, clara, cierta y comprensibles acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales. (Expediente electrónico, PDF 02EscritoDemanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 16NotificaciónAgenciaNacionalDefensaJurídica); Sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que el demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la AFP sea nula, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procedería la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al RPM. Como excepciones de fondo propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 el orden público, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 17ContestaciónDemandaColpensiones)

3.2. Porvenir S.A. Al momento de descender el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el cual se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, mismo que se presume auténtico. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica. (Expediente electrónico, PDF 19ContestaciónDemandaPorvenir)

3.3. Protección S.A. En su contestación al libelo demandatorio se opuso a las declaraciones y condenas aduciendo que la afiliación al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, prueba de ello es el formulario de vinculación que suscribió el demandante, acto que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizado así su afiliación y el cual tiene naturaleza de un verdadero contrato, por ende, genera derechos y obligaciones para las partes. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para cumplir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia e la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 20ContestaciónDemandaProtección).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de diciembre del 2022, en el cual la falladora de primer grado declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, teniéndolo como válidamente afiliado al RPMPD. En tal virtud, condenó a AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes, junto con sus rendimientos financieros, intereses, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, entre otros, así mismo, los valores que recibió por conceptos de aportes realizado en AFP Porvenir S.A. Ordenó a esta última trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por el actor por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, debidamente indexados. Por último, gravó en costas a AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A.

La A quo fundamentó su decisión en el artículo 48 de la Constitución Política, sentencia C-986 de año 2009 y en el criterio de la Sala de Casación Laboral en providencia SL-1452 de 2019 y SL-4015 de 2021 y conforme a lo cual precisó que el artículo 13 la Ley 100 de 1993 consagra las características del sistema general de pensiones, señalando que la selección de uno de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado. Indicó que el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 del 94 señala la necesidad de diligenciar el formulario de afiliación que para el efecto señale la Superintendencia Bancaria, además, el artículo 12 del Decreto 720 1994 impone a los promotores la obligación de suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la vinculación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho.

De esta forma indicó que no podía concluir válidamente que el actor conociera de las implicaciones que tendría el traslado y la pérdida del régimen de transición, además, porque no confiesa que haya recibido una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión, de allí que consideró

que la AFP no logró demostrar haber brindado información, por lo que debía declarar la ineficacia del acto de afiliación.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación aduciendo que el demandante no logró demostrar que la afiliación al RAIS se encontrara revestida de vicios del consentimiento, por lo que es improcedente la declaratoria de ineficacia y las posteriores condenas.

5.2. Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada señaló que los gastos de administración son de tracto sucesivo, por lo cual es imposible generar la devolución de estos en su totalidad a Colpensiones, pues esto llevaría a un enriquecimiento ilícito por parte de esta entidad. Refirió con respecto a la indexación que no hay lugar a su condenada, toda vez que no hubo devaluación que afecte a la citada codemandada.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor solicitando que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, ésta sea adicionada en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho, a la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554 en sus artículos 5 y 2.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

6.3. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Hugo Alberto Moreno Vergara se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 26 de abril de 1996, con cotizaciones hasta el 5 de abril de 1996 según historia laboral expedida por la entidad; quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 31 de mayo de 1996, con la suscripción del formulario núm. 00737835 y el 26 de mayo de 1998 a Davivir Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A., suscribiendo el formulario de vinculación núm. 620671, entidad donde actualmente se encuentra afiliada según historia laboral.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 31 de mayo de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*". Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 31 de mayo de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o varía la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe

indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Por lo anterior, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

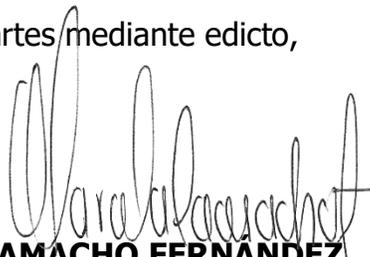
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

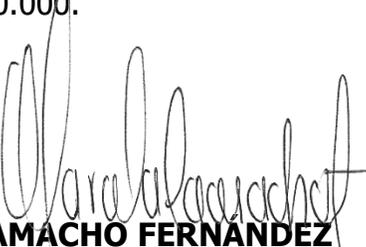


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HÉCTOR FABIO GONZÁLEZ VARELA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 09-2020-00216-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Héctor Fabio González Varela instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y nulidad de traslado de régimen pensional efectuado al RAIS y, en consecuencia, se condene al fondo privado a que traslade todos y cada uno de los aportes en pensiones, así mismo, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Pidió que se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y valide los aportes girados e incorporarlos en la historia laboral de la aseguradora; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó en el ISS, hoy Colpensiones, desde el 20 de octubre de 1994, hasta el 30 de abril del 2000, data en la cual se afilió a la AFP Porvenir S.A., sin que aquella le haya brindado información completa, clara, cierta y suficiente. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexosActaReparto)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónColpensionesAutoCalificaContestación, págs. 1 y 2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, argumentando que, aunque desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dio lugar al traslado, también lo es que, si el demandante decidió cotizar al RAIS, debió ser por la información que le brindaron los asesores de la AFP. Refirió que es posible evidenciar la negligencia del actor con respecto a consultar la situación pensional en el que se encontraba, presentado un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento, por consiguiente, la afiliación es completamente válida.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó como, 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 adiciona el artículo 48 de la constitución política, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad se los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónColpensionesAutoCalificaContestación, págs. 24 a 46)

3.2. Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, la cual se puede probar en la solicitud de vinculación que suscribió y su permanencia por más de 22 años en el RAIS, sin mostrar ninguna inconformidad. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación e innominada. (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de agosto del 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ordenó a Colpensiones a recibir los valores que le fuesen trasladados, abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisiva citó el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que el traslado de régimen pensional debe estar precedido de un consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, estando en cabeza de la AFP el deber de información, por tanto, la decisión debe ser libre y voluntaria. Indicó que el afiliado debe conocer los riesgos y beneficios de cada uno de los dos regímenes, sin que la firma del formulario acredite el cumplimiento de este deber. Bajo ese horizonte, se adentra al análisis probatorio y evidenció la falta de medio de convicción tendiente a demostrar el cumplimiento del deber de información, lo que le imponía declarar la ineficacia del traslado.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por el demandante a la hora de realizar el traslado de régimen pensional y si bien no hubo información clara, precisa y comprensible, también lo es que el afiliado debía manifestar inconformidad dentro de los 10 años anteriores a cumplir la edad mínima para adquirir la pensión. Insistió que se encuentra vinculada al proceso de manera residual, por lo cual no le asiste la obligación de brindar información alguna al demandante y al ser un tercero en el acto jurídico y atendiendo al principio inter partes, no puede ser afectada ni favorecida por estas.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada expuso que cumplió con el deber de información, en la medida que brindó al afiliado información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, lo cual se materializó por medio de la suscripción del formulario de afiliación, como requerimiento legal y a quien se presume capaz para obligarse. Refirió que garantizó el derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo el 14 de enero del año 2004, sin que el actor

ejerciera dicha facultad. Sostuvo que ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones se está configurando un enriquecimiento sin justa causa a su favor, en la medida que no existe norma que lo disponga así.

6. Alegatos de conclusión. La demandada **AFP Porvenir S.A.** alegó en su favor aduciendo que no le asiste razón a la falladora de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿En virtud del principio de relativa jurídica, Colpensiones no es responsable de las consecuencias derivadas del acto jurídico celebrado entre el actor y el fondo de pensiones codemandado?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de

enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Héctor Fabio González Varela, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 14 de agosto de 1995, con cotizaciones hasta el 30 de junio de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien con posterioridad se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 6 de junio de 2000, con la suscripción del formulario de afiliación núm. 01385503, entidad donde se encuentra actualmente vinculado.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 6 de junio de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, entre tanto, aquél se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral al gestor de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de

la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento

del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que *"impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas"*; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en

la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, ni incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización que se ordena, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la

Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos emolumentos, debidamente indexado. En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*"; por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 3 de agosto del 2022, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR a AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **HÉCTOR FABIO GONZÁLEZ VARELA**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

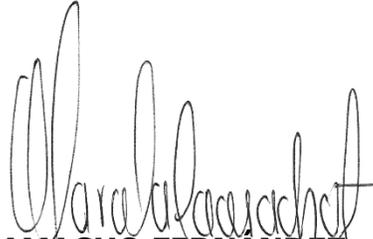


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE EDUARDO VARONA PADILLA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 14-2019-00896-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Jorge Eduardo Varona Padilla instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene la devolución de aportes realizados con destino a Colpensiones junto los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos. Así mismo, pidió el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios que valoró en la suma de 100 SMLMV; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 27 de septiembre de 1962 e inició cotizaciones al ISS hoy Colpensiones a partir del 28 de mayo de 1985. Refirió que entre los meses de febrero y marzo de 2000, asistió a una reunión en su empresa empleadora, donde recibió asesoría de la asesora de AFP Porvenir S.A., razón por la cual, con base en engaños y desinformado, firmó la solicitud de traslado el 1 de mayo de 2000. Sostuvo que la vinculación al RAIS se dio mediante artificios y sin el cumplimiento del deber de información. (Expediente electrónico PDF 01ExpedienteDigital, págs. 55 a 66)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 01ExpedienteDigital, pág. 126); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones S.A. Dio respuesta oponiéndose a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS ya que suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin que se encontrara en ninguna prohibición legal para la época, con el cual denota aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó 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 juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, observancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de

causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica (Expediente digital, archivo RAR 04ExpedienteAdministrativo2Folio86)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación realizada en el año 2000 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 01336410, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; mismo que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de agosto de 2022, en la que el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al RAIS y, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, ordenando a esta última reactivar la afiliación, mientras al fondo privado el pago de costas procesales.

La A quo sustentó su decisión en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y la posición sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considerando que el deber de información se encuentra en cabeza de la AFP desde su creación, por lo que tiene la carga de demostrar que cumplió con dicho deber. Refirió que en el presente asunto no logra evidenciar que brindó información sobre el acto de traslado que efectuó el demandante, sin que ello conste en el formulario de afiliación, de ahí que no le permitió conocer a plenitud el alcance de su decisión.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con lo anterior, presentó recurso de apelación alegando que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en la medida que es un tercero ajeno a la decisión tomada por el demandante de vincularse al RAIS. Esgrimió que, de no mantenerse con la afiliación al citado régimen, se estaría violentando el principio sostenibilidad del sistema financiero y el derecho de igualdad de los demás afiliados, por lo que solicitó se tenga en cuenta el material probatorio obrante dentro del proceso, en especial el interrogatorio rendido por el actor, del que se concluye que aquel no buscó asesoría acerca de su futuro pensional.

5.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada esbozó que por la profesión del demandante debía conocer las consecuencias de la afiliación al Rais, quien está inmerso en la prohibición señalada en la Ley 797 del 2003. Indicó que no operó la nulidad absoluta del acto de traslado, en tanto que no se probó la existencia de vicios del consentimiento, más aún cuando el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico, fue suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones. Precisó que mediante comunicado presentado en el periódico El Tiempo en el año 2004, se protegió el derecho de retracto de los afiliados al sistema, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, por lo que evidencia negligencia del gestor del proceso en cuanto a su futuro pensional.

Refirió que los gastos de administración no deben ser devueltos debido a que estos fueron usados de manera correcta por la AFP en uso de la facultad prevista en la Ley 100 de 1993, aunado a que de mantenerse su devolución sería para Colpensiones un

enriquecimiento sin justa causa, máxime cuando los recursos no se encuentran en su poder, mismos que se encuentran sujetos a prescripción.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la sentencia de primera instancia no merece reproche alguno, ya que fue fundada de manera excepcional en la Constitución Política, los tratados e instrumentos internacionales ratificados por Colombia en materia de seguridad social, las recomendaciones de la OIT, la Ley 100 en sus art. 13 y 271, Ley 1327 de 2009 art. 3, 5 y 11, el Código de Procedimiento de Trabajo y de la seguridad social, el compendio jurisprudencial de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, y demás normas concordantes.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones refirió que siempre garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, quien en Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿En virtud del principio de relativa jurídica, Colpensiones no es responsable de las consecuencias derivadas del acto jurídico celebrado entre el actor y el fondo de pensiones codemandado?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema

de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado Jorge Eduardo Varona Padilla, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones efectuando cotizaciones desde el 28 de mayo de 1985 hasta 30 de marzo de 2000, conforme aparece registrado en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien con posterioridad se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 15 de marzo del 2000, con la suscripción del formulario núm. 01336410, afiliación que fue efectiva a partir del 16 de abril de 2004, entidad donde se encuentra actualmente vinculado.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 15 de marzo del 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, entre tanto, aquél se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral al gestor de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)”.

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, aun cuando la apelante señala que, por su formación académica, aquel debía tener conocimiento sobre el régimen pensional objeto de controversia, pues esto no la releva de poner en conocimiento las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto

jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones,

declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*; por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento se descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS EDUARDO MARTÍNEZ ATEHORTÚA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 39-2020-00392-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Luis Eduardo Martínez Atehortúa instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare nulo, inválido o ineficaz el traslado realizado al RAIS, por lo que tiene derecho a permanecer en el RPM. En consecuencia, se condene al fondo privado trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados al RAIS debidamente actualizados, entidad que deberá actualizar la historia laboral; lo que resulte probado de las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició a realizar cotizaciones al ISS hoy Colpensiones el 1º de febrero de 1996 hasta el 17 de abril de 1998, ya que el 27 de ese mismo mes y año, sin contar con una asesoría adecuada, oportuna, suficiente, clara y ajustada a la realidad por parte de los promotores de la AFP Porvenir S.A., firmó formulario núm. 1033855, quedando trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexos)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 16NotificaciónAgenciaNacional20221005); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones S.A. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error debido al deber de falta de información por parte de la AFP, o que se estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, máxime cuando no obra nota alguna de protesta que permitiera inferir que hubo inconformidad, por el contrario, observó que la afiliación se encuentra sujeta a derecho y se hizo de manera libre y voluntaria. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como 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 la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia

al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 14ContestaciónColpensiones20220624)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que cumplió con el deber de información, ya que estuvo precedida de asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, sin que obre medio de prueba que permita concluir que hubo algún vicio del consentimiento, más aún cuando cumplió con lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993. Propuso como excepciones a las cuales denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 11ContestaciónPorvenir20220513)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de noviembre de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró que el traslado realizado al RAIS no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender jamás se separó del régimen de prima media. En consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a que transfiera a Colpensiones las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo, es decir, sin incluir los rendimientos en la indexación. Ordenó a la entidad pública recibir los dineros y gravó en costas únicamente al fondo privado.

Para arribar a tal decisión tuvo como problemas jurídicos dilucidar si el traslado que hizo el actor del RPD al RAIS fue libre y voluntario o si por el contrario se debe declarar ineficaz ante la inobservancia de dichos supuestos. Con tal propósito, citó los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que la decisión de traslado ha de ser libre y voluntaria, la cual no puede quedar con la sola suscripción del formulario de afiliación sin presión, fuerza y coerción, sino, que ese concepto va más allá bajo el entendido de que se hay suministrado un consentimiento o una libertad informada.

Expuso que la carga de la prueba les corresponde a las administradoras de pensiones y son ellas las que deben demostrar que efectivamente que se cumplió con ese deber de información, de tal manera, en el caso en concreto, sostuvo que la AFP accionada no cumplió con la citada carga probatoria, en tanto que no allegó ninguna prueba con miras a evidenciar que el trasladado fue precedido de una información clara y suficiente, lo que imponía acceder a declarar la ineficacia del traslado.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que el demandante no cumple con los requisitos para el traslado por conceptos legales y jurisprudenciales, toda vez que no demostró que haya sido engañado por la AFP.

5.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada esbozó que aunque existe una línea jurisprudencial de la ineficacia del traslado por falta del deber de información, la misma Corte reitera que no se puede aplicar de manera homogénea en todos los casos, como sucede en el presente asunto, ya que dentro del interrogatorio de parte se evidencia que la decisión se tomó de manera libre y voluntaria y el demandante nunca elevó dudas en todo el tiempo que lleva afiliado al RAIS, de lo que se concluye que está de acuerdo con la decisión tomada.

Frente a los rendimientos gastos de administración y seguros previsionales, adujo que efectuó aplicó los gastos de administración en el tiempo en que el afiliado estuvo afiliado, por lo que condenar en este sentido daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa, máxime cuando los seguros provisionales ya cumplieron su objetivo y no hacen parte de la AFP. Indicó que no es procedente la devolución de dichos emolumentos debidamente indexados, pues su imposición es una doble sanción.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la decisión contenida en el fallo de primera instancia, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la demanda, con base en las pruebas obrantes en el expediente y en la reiterada Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y por ello solicita se confirme.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

6.3. AFP Porvenir S.A. Refirió que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿En virtud del principio de relativa jurídica, Colpensiones no es responsable de las consecuencias derivadas del acto jurídico celebrado entre el actor y el fondo de pensiones codemandado?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado Luis Eduardo Martínez Atehortúa, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1º de febrero de 1996, con cotizaciones hasta el 18 de abril de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A.; quien con posterioridad se trasladó a esta última el 27 de abril de 1998, con la suscripción del formulario de afiliación núm. 1033855, entidad donde se encuentra actualmente vinculado.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 27 de abril de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, entre tanto, aquél se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral al gestor de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ,

entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afianza la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura e incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la

Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces” (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 24 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

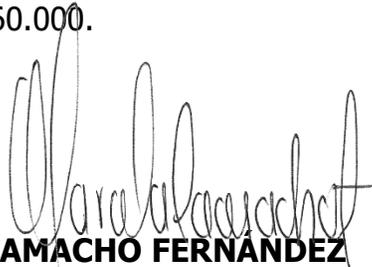


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HENRY PADILLA ALVARADO
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 34-2021-00075-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO-ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Henry Padilla Alvarado instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS y, en consecuencia, se traslade a Colpensiones el monto total de los aportes realizados por la AFP Protección S.A., junto con el pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó al ISS, hoy Colpensiones desde enero de 1986 hasta marzo del año 2000, pues a partir del 1 de abril del mismo año, inició a cotizar a la AFP Protección S.A., sin que para dicho traslado aquella le brindara información, asesoría y buen consejo sobre sus consecuencias, la cual debía ser clara, completa y fehaciente. (Expediente electrónico, PDF 02DemandaAnexos)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 09NotificaciónAGNDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no obra prueba alguna de que el actor se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco que dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por el demandante, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Afirmó que aquella se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de

Colpensiones; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónColpensiones)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descender el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que no existe vicio del consentimiento en la afiliación que realizó el demandante a la AFP que conlleve a una nulidad, ni ninguna causal de ineficacia. Indicó que los aportes que hoy se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual del actor harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS, al cual hoy se encuentra válidamente afiliado y del que no puede trasladarse, ya que el mismo se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Como excepciones de mérito propuso 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 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 y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónColpensiones)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de julio de 2022, en la que el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en tal virtud, ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones quien deberá reactivar la afiliación y recibir los dineros que fuesen trasladados. Así mismo, gravó en costas únicamente al fondo privado.

La A quo fundamentó su decisión en el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL-12136 de 2014, SL-2209 de 2021, SL-4426 de 2019, SL-1452 de 2019 y la SL-1217 de 2021, así como en el literal B) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Con fundamento en ello, consideró que no se podría hablar de que existe una manifestación libre y voluntaria de la afiliación cuando los futuros afiliados desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica como la firma de un formulario de vinculación.

Así, estimó que AFP Protección S.A. no logró demostrar el cumplimiento del deber de información que se encontraba en su cabeza, debido a que únicamente prueba la suscripción del formulario con información general, sin que se desprenda del mismo que el actor tuviera conocimiento suficiente para realizar una elección libre de vicios del consentimiento, de ahí que debía declarar la ineficacia de tal acto.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que Colpensiones tiene responsabilidad sobre el traslado de afiliación, en la medida que debió haber informado al demandante las desventajas que traía el cambiarse de régimen pensional, lo cual conlleva perjuicios no solo económicos sino materiales y morales, por ello solicitó que sea condenada en costas.

5.2. Colpensiones. Como fundamentos de su alzada argumentó que el derecho de libre escogencia no solo da la libertad de que el futuro afiliado escoja el régimen que más se ajuste a sus necesidades, sino, también da la opción de trasladarse entre regímenes una vez cada cinco años hasta cuando le faltaren diez años para adquirir el derecho pensional, sin embargo, el actor no utilizó tal facultad antes de que se encontrara inmerso en la prohibición. Refirió que no tuvo injerencia en la decisión tomada por el promotor del proceso, quien no mostró interés de que la entidad le brindará asesoría de la decisión que había tomado, de ahí que no debe asumir las consecuencias por la supuesta falta de información. Advirtió que, de mantenerse con la decisión, se pondría en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo que traería descapitalización del mismo, por lo que solicitó que de confirmarse se ordene a la AFP Protección S.A. a devolver los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales.

6. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), y si bien se está ante un error sobre un punto de derecho, el mismo no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el actor y AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por el actor y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿debe ser condenada en costas a Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de

enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Henry Padilla Alvarado se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 14 de enero de 1986, con cotizaciones hasta el 30 de marzo de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad; quien se trasladó a ING Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A. el 18 de febrero de 2000, con fecha de efectividad a partir del 1° de abril del mismo año, como se observa de la historia de vinculaciones expedido por Asofondos, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a ING Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A., esto es, 18 de febrero de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto

por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con

Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421

de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, más aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación, por tanto, es claro el error en que incurrió la A quo cuando no las impuso, de ahí que deba revocarse la sentencia de primer grado en tal sentido.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento se descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 4º de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas en primera instancia en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas. Tásense por la A quo.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

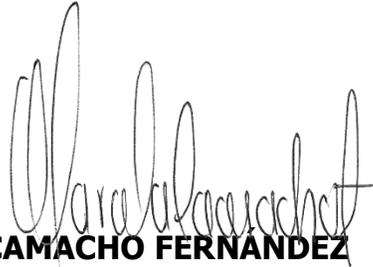


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada