

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105020 2022 00306 01
Demandante: Carlos Gustavo Sarmiento Tocaría
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, Sociedad Administradora de
Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,
Administradora de Pensiones y Cesantías
Protección, Skandia Fondo de Pensiones y
Cesantías.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderados sustitutos de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a los abogados Vanessa Gómez Quintero, identificada con C.C. n°. 1.032.509.355 de Bogotá y portadora de la TP. N°. 409.053 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura y José David Ochoa Sanabria identificado con CC n°. 1.010.214.095 de Bogotá y portador de la TP n°. 265.306 expedida por el

Exp. No. 020 2022 00306 01

Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad al mandato allegado en esta instancia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **Carlos Gustavo Sarmiento Tocaria**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. Porvenir S.A., Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. Protección S.A y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (archivo 1):

“1. Que se DECLARE LA INEFICACIA de la afiliación en pensiones del señor CARLOS GUSTAVO SARMIENTO TOCARIA, al Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida RAIS, inicialmente a CESANTÍAS Y PENSIONES HORIZONTE S.A hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, con fecha de diligenciamiento de formulario del 29 de julio de 1994, de donde se trasladó y pasó por diferentes fondos así, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., mediante formulario del 01 de diciembre de 1999, retornando a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, el 30 de noviembre de 2002, y posteriormente se trasladó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con fecha de afiliación del 16 de agosto de 2013, fondo al cual se encuentra afiliado.”.

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos, intereses y rendimientos al RPM, *ii)* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir como afiliado sin solución de continuidad en dicho sistema, *iii)*, derechos conforme a facultades ultra y extra petita; *iv)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 11 de febrero de 1965.

Exp. No. 020 2022 00306 01

2. Realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones desde el 17 de julio de 1981 al 31 de diciembre de 1994.
3. El 29 de julio de 1994 se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
4. De allí migro a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el 11 de diciembre de 1999.
5. Retornó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir el 30 de noviembre de 2002.
6. Hizo el último movimiento horizontal el 16 de agosto de 2013 a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías SA.
7. Ninguna de las entidades administradoras proporcionó información sobre las ventajas, desventajas y consecuencia de su traslado de régimen.
8. Antes de cumplir 52 años no le fue informada la posibilidad de retornar al RPM.
9. No le ha sido reconocido derecho pensional.
10. Solicitó a Colpensiones su retorno al RPM pero tal pedimento fue desatado de manera desfavorable.
11. La proyección pensional elaborada por Skandia Pensiones y Cesantías S.A., se evidencia que la mesada pensional a reconocer en dicho fondo es inferior a la que correspondería en el RPM

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 26 de julio de 2022 (fº. 158 archivo 1) y admitida el 26 de septiembre de 2022 (archivo 2).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso 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. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el traslado al RAIS y posteriores movimientos horizontales son válidos, pues estuvieron precedidos de una asesoría clara, expresa,

Exp. No. 020 2022 00306 01

completa, veraz y oportuna, sin que se acredite un vicio del consentimiento a la hora de adoptar dicha decisión (archivo 4).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a dicha entidad, y su traslado al RAIS, así como sus múltiples movimientos horizontales a otros fondos pensionales, además que no se encuentra pensionado, el agotamiento de la vía gubernativa y la respuesta brindada a la petente; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (archivo 5).

A su turno, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a los pedimentos de la demanda, arguyendo para tal efecto que la afiliada no allegó pruebas de las razones de hecho que sustentan la nulidad o solicitud de ineficacia de la afiliación, además, no puede alegar su propia culpa al dejar de cotejar o ampliar la información suministrada inicialmente y reclamar pasados 20 años de ocurrido su traslado inicial, su deseo de retornar al RPM. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la petición y respuesta brindada a esta. Propuso las excepciones que denominó, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (archivo 6).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., sentó su obstáculo para reconocer los derechos reclamados. Como excepciones de mérito propuso las de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de

Exp. No. 020 2022 00306 01

los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, traslado de aportes, innominada o genérica. Los argumentos de inconformidad radican en que, el acto de migración es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, suscribiendo el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, el cual generó derechos y obligaciones en cabeza de las partes (archivo 7).

Con proveído del 26 de enero de 2023, se ordenó la vinculación de la compañía de seguros Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., como llamada en garantía presentada por Skandia Pensiones y Cesantías (archivo 9), aseguradora que propuso como excepciones: el llamamiento en garantía realizado a la aseguradora es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia del derecho contractual. Señaló que no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a la aseguradora no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante AFP Skandia, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 28 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 17):

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen de Prima Media en pensiones al de Ahorro Individual con

Exp. No. 020 2022 00306 01

Solidaridad, efectuado por el señor **CARLOS GUSTAVO SARMIENTO TOCARIA**, afiliándose a **HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A el 29 DE JULIO DE 1994** y los posteriores traslados horizontales a **PROTECCION S.A. el 11 DE DICIEMBRE DE 1999, a PORVENIR SA EL 28 DE OCTUBRE DE 2002 y a SKANDIA S.A. el 16 de agosto de 2013** conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a **SKANDIA SA DEVOLVER** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado **CARLOS GUSTAVO SARMIENTO TOCARIA** junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: En caso de existir aportes en las **PORVENIR S.A y PROTECCION SA** a favor del demandante deberán ser trasladados a **COLPENSIONES**.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas **COLPENSIONES, PROTECCION PORVENIR Y SKANDIA S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra y a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, de la totalidad de pretensiones.

SEXTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, PORVENIR SA Y SKANDIA S.A.**, tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagadero a cuota parte.

De la misma manera se condena en costas a **SKANDIA SA** y a favor de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a UN (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.

SEPTIMO: Sea o no apelada la presente decisión **REMÍTASE** al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de consulta, lo anterior teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación.”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, el traslado inicial del demandante a Horizonte hoy Porvenir, no estuvo precedido de una información clara sobre las implicaciones de su traslado, pero al cartulario no se allegó medio de convicción que den fe de esta situación, pues, los formularios de afiliación apenas acreditan el consentimiento, pero no la información suministrada. En cuanto a los rubros que se deben devolver al RPM, precisó que, no se ordenaba la devolución de comisiones o gastos de administración, seguros previsionales al ser descuentos autorizados legalmente, máxime que estos protegieron al afiliado durante el tiempo de permanencia en el RAIS, y al no ordenarse el reintegro de estos dineros, no había lugar a condenar a Mapfre a devolver suma alguna

Exp. No. 020 2022 00306 01

de dinero en este aspecto, agregando que el objeto del contrato es diferente al del proceso.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpusieron el recurso de apelación, así:

El apoderado de Skandia Pensiones y Cesantías S.A., sienta su inconformidad respecto a la sentencia, pues en su sentir, no se hizo un estudio detenido sobre el interrogatorio de parte rendido por el actor, pues, este confesó haber tenido una reunión con el asesor de Porvenir S.A, durante 30 minutos, interregno de tiempo en el que se le entregó un folleto con información del RAIS, acreditándose con ello el cumplimiento al deber de información, además, allí reconoce su negligencia, al no poner atención a la exposición que le estaban realizando, por estar cansado, luego entonces. Por otro lado, resalta que, no es viable exigir requisitos que no se encontraban vigentes para el año 1994, pues tan solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, se impartió la directriz de explicar a los afiliados las consecuencias de la migración a un fondo privado. El demandante, no puede excusarse en su falta de atención, memoria, y en su deseo de no poner atención ni leer la información entregada en el folleto, además, porque dichos temas se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993, a pesar de tener a su disposición el derecho de retracto, no hizo uso de este, agregando, que el interés principal para retornar al RPM es el monto de su mesada pensional, situación que no da lugar a la ineficacia. El fondo siempre actuó de buena fe y no se podía oponer al traslado, tampoco mediaron vicios del consentimiento a la hora de suscribir los formularios de afiliación, y su permanencia por espacio superior a los 26 años, denotan su voluntad de permanecer en el RAIS. En caso de confirmarse la sentencia objeto de reproche, reclama que, no se ordene la devolución de gastos de administración y primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, siendo estos últimos pagados a aseguradoras. Finalmente, reclama que, en caso de ordenarse la

Exp. No. 020 2022 00306 01

devolución de pagos efectuados a aseguradoras, es Mapfre la llamada a reembolsar los pagos obligatorios realizados, pues dichos rubros ya salieron del patrimonio del fondo pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sentó su inconformidad al estimar que el demandante se encuentra inmerso de una prohibición legal para retornar al régimen de prima media, por otro lado, considera que, si le fue brindada una debida asesoría, máxime que se realizaron varios traslados horizontales, agregando que, no solo las AFP tienen a su cargo asesorar, pues, el actor también podía informarse. En el sub examine no se afecta el derecho a la seguridad social, pues en cualquiera de los dos regímenes va a tener derecho a la pensión, sin embargo, el motivo del actor, para retornar al RPM es la posibilidad de ostentar una mesada superior a la que pueda tener en el RAIS. Se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad. En caso de confirmarse la sentencia, solicita no se fulmine condena en costas a la entidad, pues ella no intervino en el traslado de régimen. Reclama se ordene la devolución de la totalidad de los rubros que tenga el afiliado en el RAIS.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. solicitaron se revoque la sentencia de primera instancia, al no configurarse los presupuestos para declarar la ineficacia, al efectuarse el traslado de régimen de manera libre y voluntaria, de acuerdo a la información registrada en el formulario suscrito ante Porvenir S.A., por otro lado, reclama que no se ordene la devolución de gastos de administración al haberse pagado este concepto a aseguradora. Al desestimarse la ineficacia, tampoco habría lugar a condena en costas.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Exp. No. 020 2022 00306 01

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i)* Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.
- ii)* En el año 1994, las AFP no tenían la obligación de brindar asesoría.
- iii)* En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iv)* La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- v)* Es procedente la condena en costa impuesta por el juez de primer grado a Colpensiones.
- vi)* La compañía aseguradora debe restituir los aportes realizados por Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Una precisión es necesaria. La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, en los alegatos presentados en esta instancia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al no encontrarse acreditados los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con estos puntos, no pueden ser considerados por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda

Exp. No. 020 2022 00306 01

instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, los puntos esgrimidos a la hora de sustentar la alzada, por las demás partes intervinientes en el litigio.

1. Los vicios del consentimiento no es un presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Es de recordar que, primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, efectuado por intermedio a Horizonte hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha entidad, mostrándose conforme al respecto.

Sostiene Skandia Pensiones y Cesantías S.A., que la parte demandante no probó que existiera algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse el traslado de régimen. Conclusión que no le asiste razón a la entidad recurrente, por las siguientes razones:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Skandía Pensiones y Cesantías S.A., que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron

Exp. No. 020 2022 00306 01

los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

Así mismo, Skandia S.A., sienta su inconformidad respecto a la declaratoria de ineficacia, debatiendo, que se exigen requisitos legales que no se encontraban vigentes para la fecha en que se materializó el traslado de régimen del actor, además, porque él fue negligente, al no asesorarse en debida forma y no ejercer su derecho de retracto; resultando oportuno precisar en este aspecto, que la tesis que sostiene esta Sala, es que, al no recurrirse la sentencia, por el fondo al cual se está declarando la ineficacia, la administradora del RPM no tiene legitimad para cuestionar este punto, sin embargo, en el presente caso, ocurre lo contrario, pues, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., en este caso, si se ve afectado con la decisión adoptada por el A quo, al ordenarse el traslado de determinados conceptos a Colpensiones, encontrándose a todas luces legitimada para rebatir la conclusión a la que arribó el juzgado de conocimiento.

Es por ello, que resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 que, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

Exp. No. 020 2022 00306 01

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

Exp. No. 020 2022 00306 01

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de julio de 1994, haciéndose efectiva su determinación a partir del 1° de agosto de 1994 (f°. 35 y 57 del archivo 4); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo,

Exp. No. 020 2022 00306 01

acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante (fº. 35 archivo 4), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Carlos Gustavo Sarmiento Tocaria (fº. 18 archivo 1), peticiones incoadas ante Colpensiones, Protección S.A, Skandia S.A., (fº. 22, 39, 62 archivo 1), respuesta de Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia (fº. 26, 44, 53, 58, 67 archivo 1, fº. 54 archivo 4, fº. 55 archivo 6), reporte de semanas cotizadas emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (fº. 29 archivo 1), constancia de traslado de aportes realizado por Protección S.A. (fº. 47 archivo 1, fº. 27 archivo 7), formulario afiliación a Protección, Horizonte, Skandia (fº. 52, 61, 71 archivo 1, fº. 35 archivo 4, fº. 22 archivo 6, fº. 24 archivo 7), historia laboral consolidada emitida por Skandia (fº: 73 archivo 1, fº. 35 archivo 6), respuesta de Superintendencia Financiera a petición realizada (fº. 139 archivo 1, fº. 61 archivo 4, fº. 63 archivo 6), certificado de afiliación emitido por Porvenir (fº. 36 archivo 4), historia laboral consolidada y relación histórica de movimientos en Porvenir (fº. 37 – 41 archivo 4), certificado de Asofondos (fº. 57 archivo 4, fº. 33 archivo

Exp. No. 020 2022 00306 01

6, fº. 25 archivo 7), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 68 archivo 4, fº. 32 archivo 7), respuesta del Ministerio de Hacienda a petición (fº. 71 archivo 4), estado de cuenta Skandia (fº. 24 archivo 6), certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (fº. 59 archivo 6), pólizas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia (fº. 133 archivo 6, fº. 23 archivo 11), reporte estado de cuentas emitido por Protección (fº. 28 archivo 7), comunicado denominado “políticas asesorar para vincular personas naturales” (fº. 35 archivo 7), administradora de fondos de pensiones, deber de asesoría e información al consumidor financiero (fº. 40 archivo 7); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Carlos Gustavo Sarmiento Tocaría, es bachiller y técnico, se desempeña en labores de petróleo, informó que el traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., se hizo por una visita a campo, que hicieron unas promotoras, donde le realizaron una presentación, y a pesar de no estar muy concentrado en ella, debido al cansancio que tenía, recuerda que, le informaron que Colpensiones estaba próximo a acabarse y la pensión sería menor que en un fondo privado, además, que, por ser empleados del servicio energético iban a obtener una pensión antes de tiempo, dependiendo de los ahorros que realizara y la posibilidad de heredar sus aportes, aunque no recuerda que le hablaran de rendimientos financieros, aseguró que, no le hablaron de aportes voluntarios, ni el derecho de retracto, en una asesoría que duró aproximadamente 30 minutos, y al finalizar le entregaron un folleto, y le indicaron que lo leyera y después se comunicara con la promotora si tenía alguna duda. Añadió que, sus traslados horizontales se realizaron porque los fondos le ofrecían beneficios corporativos, debido al monto de sus salarios. Expuso que los formularios los suscribió de manera libre y voluntaria, aunque no recuerda si leyó el formato de Porvenir S.A., enfatizando que todos los fondos, le prometían

Exp. No. 020 2022 00306 01

que se podía pensionar muchísimo antes de cumplir la edad y tendrían unos beneficios adicionales. No retornó a Colpensiones porque en esa época se fue a trabajar al exterior y pensó en no regresar al país y aunque siguió realizando aportes, lo hizo por un sueldo básico y estaba a la espera de la liquidación de dicha entidad. Que antes de cumplir los 52 años se acercó a las oficinas de Skandia para asesorarse y allí le indicaron que no se preocupara, que la gestión de su pensión se encontraría bien allí, sin dársele información adicional al respecto.

De la respuesta brindada por Carlos Gustavo Sarmiento Tocaria, no se puede establecer que, hay confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, destacando que, si bien el actor aceptó conocer unas características del sistema, también es cierto, que, no se pusieron en su conocimiento, aspectos relevantes para que tomara la decisión informada de trasladarse, sin que se le pueda restar responsabilidad al fondo de pensiones de haber suministrado para el año 1994 la información idónea para que él se trasladara.

En síntesis, las AFPs convocadas pretendieron acreditar el cumplimiento de dicha obligación, arguyendo que, el actor había incumplido con sus obligaciones como afiliado al no auscultar sobre las consecuencias de su traslado de régimen, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Exp. No. 020 2022 00306 01

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Finalmente, frente a lo alegado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 29 de julio de 1994 (f°. 35 archivo 4), con destino a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. Sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió

Exp. No. 020 2022 00306 01

mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele el apoderado de Skandia Pensiones y Cesantías S.A., que en caso de confirmarse la sentencia no se ordene el pago de los gastos de administración y primas de seguros previsionales como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado,

Exp. No. 020 2022 00306 01

los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo que se concederá en esta instancia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

En virtud de lo anterior, se deberá condenar tanto a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A como a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante, pues el hecho que hubiesen sufragado el pago a aseguradoras, como lo reprocha en la alzada el apoderado del fondo de pensiones, y con ello, cubrir contingencias a las

que pudiera verse expuesta el afiliado, también es cierto que, el fondo es el llamado en este tipo de procesos a responder con su propio patrimonio por estos conceptos, pues, de no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

4. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A como a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. De la responsabilidad de la llamada en garantía.

No se pasa inadvertido que Skandia Pensiones y Cesantías convocó en garantía al proceso, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., sin embargo, a juicio de esta Sala, dicha aseguradora no está llamada a responder o garantizar obligaciones a cargo de la administradora de pensiones, pues, es Skandia quien debe responder con sus propios recursos en la devolución de los emolumentos relacionados anteriormente, sin que ello afecte la relación jurídico contractual que existe las entidades. Luego entonces, no se impartirá condena a cargo de la llamada en garantía.

6. De la condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

Tal y como lo reprochó el apoderado de la Administradora Colombiana de

Exp. No. 020 2022 00306 01

Pensiones – Colpensiones, se deberá revocar la condena impuesta por este concepto a la entidad, al no participar del acto de traslado del demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena en costas. En igual sentido, se deberá condenar en costas en esta instancia a Skandia Pensiones y Cesantías, al ser despachado de manera desfavorable los argumentos objeto de reproche.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de

Exp. No. 020 2022 00306 01

invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., para que, en el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

CUARTO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

QUINTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

SEXTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 020 2022 00306 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105020 2022 00306 01. Demandante: Carlos Gustavo Sarmiento Tocaría. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías.

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105015 2022 00312 01
Demandante: José Helí García Buitrago
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, y la Administradora de Fondos
de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **José Helí García Buitrago**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 5 del archivo 6):

“1. Que se declare la ineficacia de la afiliación por traslado de régimen realizado por el señor José Heli García Buitrago, mediante formulario de afiliación de fecha 15 de septiembre del 2000, del Régimen de Prima Media

Exp. No. 015 2022 00312 01

administrado por el Instituto de Seguros Sociales –ISS, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A.

2. Como consecuencia de lo anterior, se declare válida y vigente la afiliación realizada por el señor José Heli García Buitrago al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.”

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. a trasladar capital, rendimientos indexados, fruto e intereses, gastos de administración, aportes o semanas de cotización, diferencias que se llegaren a presentar entre aportes realizados al RAIS y los que se deben acreditar en el RPM; *ii)* la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a aceptar el traslado de aportes provenientes del RAIS; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 20 de julio de 1962.
2. Se afilió al régimen de prima media el 8 de marzo de 1991.
3. Se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el 15 de septiembre del 2000.
4. No fue asesorado e informado en forma clara, completa, veraz, oportuna y suficiente sobre su movimiento al RAIS.
5. Cotizó al régimen de prima media 250,14 semanas
6. El 19 de noviembre de 2021 se negó su solicitud de retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 1° de agosto de 2022 (archivo 4) y admitida el 24 de enero de 2023 (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó como cierto la fecha de nacimiento del afiliado, su

Exp. No. 015 2022 00312 01

traslado al fondo, así como la reclamación realizada a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de los demás fundamentos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, innominada o genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, no hay causa legal que la faculte a trasladar el capital que reposa en la cuenta individual del actor, teniendo en cuenta que no existe vicio del consentimiento en la afiliación a la entidad, que conlleve a la nulidad y mucho menos a la ineficacia, luego entonces, los dineros que se encuentran en dicho fondo, harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS, agregando que el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 8).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. En apretada síntesis sostuvo que, al encontrarse el demandante válidamente afiliado al RAIS, no podía tenerse como afiliado ni recibirlo en el RPM (archivo 19).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 5 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 17):

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor **JOSE HELI GARCIA BUITRAGO** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 01 de noviembre del año 2000 a través de la **AFP PROTECCION** y como consecuencia de lo anterior, ordenar a

Exp. No. 015 2022 00312 01

dicha AFP Protección, donde actualmente se encuentra, aún afiliado el señor demandante traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones que haya descontado, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la **AFP PROTECCION** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2023. **SIN COSTAS** respecto a Colpensiones.

TECERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.”

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el demandante interpusieron el recurso de apelación, así:

La parte actora, solicita se modifique la decisión de primera instancia, en el sentido de incluir las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en el monto de traslado desde Protección hacia Colpensiones, dado que estos valores corresponden a sumas derivadas de la capitalización de la cuenta del demandante y por consiguiente hacen parte del capital individual.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sienta su inconformidad respecto a la decisión de primera instancia, pues, en su sentir, no se debió declarar la ineficacia del traslado, ya que, para la época del traslado del actor, la voluntad se materializaba con la suscripción del respectivo formulario, encontrándose acreditada tal situación en el sub examine, por lo tanto, no resulta viable exigir requisitos legales que no se encontraban vigentes, máxime que, tan solo con la expedición de la Ley 1748-2014 y el Decreto 2071-2015, nació la obligación de realizar una

Exp. No. 015 2022 00312 01

doble asesoría a los afiliados. Finalmente expuso que se afecta su sostenibilidad financiera, por cuanto el actor no hizo aportes al fondo común, no resultando viable que se beneficie de los pagos efectuados que hicieron otras personas, agregando a este punto, que no resultan suficientes las cotizaciones que se retornan al RPM para cubrir las obligaciones que se le pudieren solicitar. Agregó que, el petente se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM. En caso de confirmarse la sentencia, solicita se mantenga la orden de devolver los emolumentos depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, y se condicione el cumplimiento de la obligación, hasta tanto se reintegren los valores del fondo privado.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i)* ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, supone que el traslado de régimen es válido?
- ii)* En el año 2000, las AFP no tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.
- iii)* la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iv)* ¿En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de primas de seguros previsionales? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?.

II. CONSIDERACIONES

Exp. No. 015 2022 00312 01

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el demandante al momento de sustentar su recurso y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que con la suscripción del formulario de afiliación se acredita la voluntad de trasladarse de régimen; en este sentido se recuerda que era la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que la administradora del RPM tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

Exp. No. 015 2022 00312 01

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

Exp. No. 015 2022 00312 01

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° noviembre de 2000 a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., (f° 8 archivo 2 y 35 del archivo 8); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo,

Exp. No. 015 2022 00312 01

acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante (fº. 8 archivo 2 y 35 del archivo 8), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CONSOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de José Helí García Buitrago (fº. 1 archivo 2), certificado de afiliación expedido por Colpensiones (fº. 2 archivo 2), reporte de semanas cotizadas emitido por la entidad del RPM (fº. 3 archivo 2, fº. 118 archivo 9), formulario de afiliación a Protección S.A. (fº. 8 archivo 2 y 35 del archivo 8), certificado de afiliación expedido por el fondo de pensiones (fº. 9 archivo 2), historia laboral emitida por Protección (fº. 10 archivo 2, fº. 48 archivo 8), oficio fechado del 11 de noviembre de 2021 (fº. 24 archivo 2), petición incoada ante Colpensiones (fº. 25 archivo 2), respuesta de Colpensiones a solicitud (fº. 26 archivo 2, fº. 16 archivo 9), certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fº. 37 archivo 8), certificado de Asofondos (fº. 41 archivo 8), reporte del estado de cuentas de Protección S.A. (fº. 43 archivo 8), artículo denominado “políticas asesorar para vincular personas naturales” (fº. 72 archivo 8), artículo de la Superintendencia Financiera de Colombia denominado “Administradoras de fondos de pensiones,

Exp. No. 015 2022 00312 01

deber de asesoría e información al consumidor” (fº. 77 archivo 8), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 79 archivo 8), expediente administrativo emitido por Colpensiones (fº. 19 archivo 9); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

A su turno, José Helí García informó que es ingeniero mecánico, actualmente cuenta con 60 años de edad. Respecto al traslado a Protección S.A., expuso que, a raíz de los comentarios que se escuchaba en la prensa, televisión y por los mismos compañeros, relativos a la situación que atravesaba el Seguro Social y su posible cierre, empezó a surgir la inquietud respecto al sistema de pensiones, al encontrarse afiliado a dicha entidad. Diligenció el formulario que estaba a disposición en la empresa y se presentó el traslado, pero más, por el miedo colectivo al cierre del ISS. No se reunió nunca con un asesor de la entidad, pero en ese momento estimó que el fondo era como su bote salvavidas. Relató que, en un viaje que organizó la empresa, habló con unos compañeros de trabajo, quienes le preguntaron si había retornado a Colpensiones, y al decirles que no, ellos le comentaron que la situación era diferente en el fondo y que debía cambiarse de entidad, por lo que, se dio a la tarea de averiguar sobre el tema, fue a una oficina de Protección, hace como 6 años, pidió el traslado, pero se lo negaron al haber sobrepasado la edad de 52 años.

En síntesis, la AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con el formulario de afiliación, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Exp. No. 015 2022 00312 01

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón

Exp. No. 015 2022 00312 01

por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Costas en segunda instancia.

Acertada fue la determinación del *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones, al considerarse que la entidad no participó en el acto de traslado del demandante y, por ende, la responsabilidad no recaía en el organismo. Pese a lo anterior y dado el resultado desfavorable del

Exp. No. 015 2022 00312 01

recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas de esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de condenar a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, además de los valores ordenados por el *A quo*, lo descontado por concepto de **las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

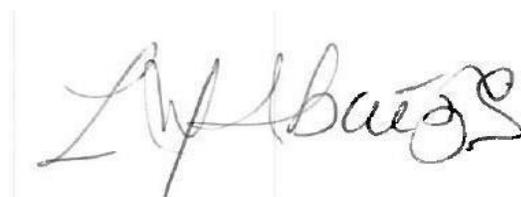
SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 015 2022 00312 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



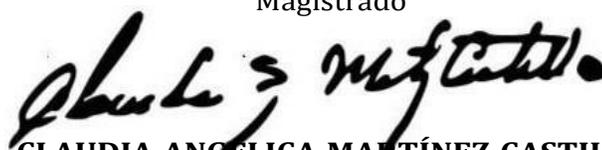
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105017 2020 00343 01
Demandante: Luz Amanda Baquero Cifuentes
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, la Administradora de Fondos de
Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la
Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías Protección S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al abogado Epon Mateo Gallar Adaime, identificado con C.C. n°. 1.117.541.420 de Florencia – Caquetá y portador de la TP. N°. 326.219 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad al mandato allegado en esta instancia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Luz Amanda Baquero Cifuentes, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 7 del archivo 2):

“PRIMERO: Que se declare la **INEFICACIA** del traslado efectuado al señor **LUZ AMANDA BAQUERO CIFUENTES** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: Si se hallare en el decurso del proceso, declarase la **INEFICACIA** de todos los traslados efectuados del señor **LUZ AMANDA BAQUERO CIFUENTES** entre las distintas AFP, que administran el RAIS.

TERCERO: Que se declare, como consecuencia de lo anterior, que **LUZ AMANDA BAQUERO CIFUENTES** siempre estuvo válidamente afiliado al RPM administrado por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”

En consecuencia, solicita se condene a: i) la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. a trasladar el monto total ahorrado en la cuenta individual junto con los rendimientos, intereses y demás frutos generados, así como gastos de administración y rubros recibidos a título de cotizaciones, ii) derechos conforme a facultades ultra y extra petita; iii) costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales y en noviembre de 1995 fue trasladado al RAIS administrado por la AFP Porvenir.
2. Posteriormente migró a la AFP Protección, entidad, en la cual se encuentra hasta el momento de presentación de la demanda.

Exp. No. 017 2020 00343 01

3. Solicitó la nulidad del traslado de régimen ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el 30 de septiembre de 2020, pero su pedimento fue resuelto de manera desfavorable.
4. No fue asesorada e informada en forma clara, completa, veraz, oportuna y suficiente sobre su movimiento al RAIS.
5. No obra prueba documental alguna que demuestre que se le informó sobre las consecuencias y condiciones de su movimiento al régimen privado.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 19 de octubre de 2020 (fº. 2 archivo 1) y admitida el 26 de octubre de 2020 (archivo 3).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó la demanda de manera legal y oportuna, oponiéndose al éxito de las peticiones; respecto a los hechos, aceptó el traslado a dicho fondo, la solicitud tendiente a obtener copia de las actuaciones surtidas la fecha de su movimiento al RAIS, sobre los restantes manifestó que no eran ciertos o no le constaban. 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos terceros de buena fe, aplicación de precedente sobre actos de relacionamiento y la genérica. Como argumentos de su defensa esgrimió que, la suscripción del formulario de afiliación suscrito por la demandante, se realizó d manera libre y voluntaria, exento de vicios del consentimiento, por tanto, es válido y existente (archivo 5).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio

Exp. No. 017 2020 00343 01

contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la vinculación en el RPM y posterior traslado al RAIS, el agotamiento de la vía gubernativa y la respuesta dada a la petente. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica. En apretada síntesis sostuvo que, el traslado de la demandante al RAIS se efectuó voluntariamente, además, se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, resultando inverosímil que no se hubiese percatado de las irregularidades sino 25 años después de encontrarse vinculado a dicho fondo (archivo 7).

Con auto del 23 de febrero de 2022 se dio por no contestada la demanda por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (archivo 13).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 26 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 28):

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción, propuestas por COLPENSIONES y PROTECCION S.A. en la forma advertida en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora LUZ AMANDA BAQUERO CIFUENTES, identificada con la CC. 51.828.715, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS a través de PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora BAQUERO CIFUENTES, identificada con la CC. 51.828.715, se encuentra legalmente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES,

Exp. No. 017 2020 00343 01

tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCION S.A., como actual administradora de fondos de pensiones de la demandante, devolver todos los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual en esa entidad a favor de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros que en su momento hubiesen efectuado las otras administradoras de fondos de pensiones, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además, los 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 valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, según lo considerado en precedencia.

QUINTO: CONDENAR a su vez a PORVENIR S.A., a devolver también los gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales y sumas adicionales de la aseguradora, que en su momento descontó de la cuenta o de los dineros de la demandante y por el tiempo en que la señora BAQUERO CIFUENTES estuvo vinculada a esa entidad administradora de fondos de pensiones, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio según lo considerado.

SEXTO: ORDENAR A “COLPENSIONES”, recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral conforme las razones expuestas en precedencia.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, en firme esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma por \$ 1.000.000 a cargo de cada una.

OCTAVO: Se dispone la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones remítase el expediente al superior una vez concluya la presente audiencia.”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, de acuerdo a las pruebas recaudadas en el devenir procesal se podía concluir que a la demandante no se le brindó una debida asesoría y por tanto, era procedente declarar la ineficacia del traslado.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, sienta su inconformidad respecto a la orden impartida en el ordinal 5°, pues en su

Exp. No. 017 2020 00343 01

sentir, no hay razón a que se ordene la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás sumas, indexadas, ya que, dichos rubros corresponden a una obligación de tracto sucesivo y que no se tienen en cuenta a la hora de financiar la pensión a la demandante, además, que ello generaría un enriquecimiento sin causa al RPM, máxime que con los rendimientos se supera la actualización monetaria.

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reprocha la declaratoria de ineficacia del traslado, por falta al deber de información, no era aplicable al momento del traslado de la actora, pues esta se exteriorizaba con la suscripción del formulario. Se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad. En caso de confirmarse la decisión, reclama se mantenga la condena impuestas a los fondos de pensiones, además, que se debe condicionar el cumplimiento de la sentencia, hasta tanto se reintegren los recursos a la entidad y se absuelva de la condena en costas.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a través de su apoderado judicial, alegó la imposibilidad de la demandante para retornar al RPM, al faltarle menos de 10 años para pensionarse, además, que no se habían acreditado vicios del consentimiento a la hora de suscribir el formulario de afiliación, pues para la época del traslado la voluntad se manifestaba con la simple suscripción de dicho documento. Reprochando que la decisión adoptada afecta la sostenibilidad del sistema. En caso de no revocarse la decisión, reclama se confirme la sentencia de primera instancia y se condicione el cumplimiento de la sentencia.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Exp. No. 017 2020 00343 01

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) ¿Colpensiones se encuentra legitimado para cuestionar el acto jurídico del traslado de régimen pensional, cuando la AFP demandada no presentó oposición alguna a través del recurso de alzada a la declaratoria de ineficacia del mismo?

ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

iii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

iv) Es procedente condenar en costas a Colpensiones

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el asunto no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber

Exp. No. 017 2020 00343 01

sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que la Administradora Colombiana de Pensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por otro lado, resulta oportuno, realizar otra precisión. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, al no haberse acreditado vicios del consentimiento a la hora de suscribir el formulario de afiliación, además, que la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, y que la actora tenía la obligación de informarse sobre la decisión que había adoptado y no lo hizo. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el ordinal segundo de la sentencia no fue objeto de ataque por parte del fondo de pensiones. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvencción, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Exp. No. 017 2020 00343 01

Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada jurisprudencia ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte de la demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. Y con relación a que la actora no era beneficiario del régimen de transición, y por ello no lo habilitaba para declarar la ineficacia, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que, para su procedencia, sea necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya reunido los requisitos para acceder a la pensión en el régimen anterior al que estuviese afiliado. “de modo que elementos tales como la tener una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, entre otros, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente obtener dicha declaratoria” (CSJ SL1452-2019, CSJ SL4064-2021 y CSJ SL 2483-2022).

De la sostenibilidad financiera del sistema

Exp. No. 017 2020 00343 01

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones.

Por otro lado, no se pasa inadvertido que Luz Amanda Baquero Cifuentes, al primer fondo de pensiones que se trasladó fue a Colpatria hoy Porvenir, donde permaneció hasta el año 1998 cuando migró a Davivir hoy Protección S.A., fondo al cual se encuentra válidamente afiliada actualmente (f°. f°. 22 archivo 5 y f°. 25 archivo 17), sin embargo, entre 1994 y 1998 realizó aportes en la hoy Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo que, en manera alguna resulta desatinada la decisión del juez de conocimiento, al ordenar que dicha AFP devuelva a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC,

Exp. No. 017 2020 00343 01

aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Recuérdese que, dado el paso de tiempo transcurrido entre el traslado a Colpatria hoy Porvenir S.A., y su migración a Davivir hoy Protección, a la

Exp. No. 017 2020 00343 01

fecha de devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia.

Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

De la condena en costas

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable, se le impondrá condena en costas. Respecto a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado que sus argumentos no tuvieron vocación de prosperidad, también se le condenará en costas por este concepto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada proferida el 26 de junio de 2023 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y

Exp. No. 017 2020 00343 01

Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas por el *A quo*.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal séptimo de la sentencia en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105023 2022 00354 01
Demandante: Rubiela Gómez Beltrán
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones, la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Protección
S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Rubiela Gómez Beltrán**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 3 del archivo 1):

“**1. Que se DECLARE LA INEFICACIA** de la afiliación en pensiones de la señora **RUBIELA GOMEZ BELTRAN**, al Régimen de Ahorro Individual con

Exp. No. 023 2022 00354 01

Prestación Definida RAIS, inicialmente a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., efectuada mediante formulario de fecha 11 de noviembre de 1994, de donde se trasladó a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, mediante formulario diligenciado el 17 de diciembre de 2001, fondo donde actualmente permanece afiliado.

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la señora **RUBIELA GOMEZ BELTRAN**, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

3. Que se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir como afiliado, sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la señora **RUBIELA GOMEZ BELTRAN**.

4. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

5. Lo que ultra y extra petita el señor Juez considere...”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 4 de marzo de 1972 y a la fecha de presentación de la demanda contaba con 50 años.
2. Se afilió al RPM el 25 de octubre de 1992.
3. Fue trasladada a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., el 11 de noviembre de 1994.
4. El 12 de diciembre de 2001 migró a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
5. Ninguna de los fondos le proporcionó información imprescindible para construir un acto jurídico voluntario, referente a las condiciones y riesgos de dichos movimientos.
6. No se le ha reconocido pensión de vejez ni invalidez.
7. Solicitó el 6 de junio de 2022 su retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pero tal pedimento fue resultado de manera desfavorable.
8. La mesada pensional en el RAIS equivaldría a \$2.000.000.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 19 de agosto de 2022 (archivo 2) y admitir el libelo introductorio con proveído del 14 de septiembre de 2022 (archivo 3).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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. Soporte de su oposición se centra en que, brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones que tenía el traslado de régimen, máxime que se ratificó la voluntad de permanencia en la entidad al permanecer por espacio superior a los 20 años (archivo 6).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión y el seguro previsional. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el acto de traslado a Protección S.A., es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, no pudiéndose alegar un engaño, pues, para el año 1999 no se podía predecir el monto de la mesada pensional (archivo 7).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio

Exp. No. 023 2022 00354 01

contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones 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, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. Su resistencia al éxito del *petitum* de la demanda se concentra en que, el movimiento al régimen privado se efectuó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia, previo al suministro de información idónea para adoptar tal determinación, agregando que la afiliada, se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, y que de ser afirmativa esta premisa, tal situación afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y una descapitalización del fondo común (archivo 9).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 17 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 16):

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o el traslado que hizo la señora RUBIELA GOMEZ BELTRAN hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS inicialmente y como dijimos en la parte considerativa, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también la INEFICACIA del traslado horizontal realizado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido, con ocasión a la afiliación de la señora demandante, entre el 01 de diciembre del 94 al 31 de enero de 2002, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos hoy declarando. Siguiendo

Exp. No. 023 2022 00354 01

línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se ordena la devolución, gastos administración y primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a recursos propios.

PARÁGRAFO: Se autoriza a esta AFP, como único descuento los dineros transferidos a PROTECCIÓN con ocasión a la solicitud de la demandante 01 de febrero del año 2002.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de esta ineficacia. De la misma manera se ordena devolver gastos administración, primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado a garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a recursos propios.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a **RUBIELA GOMEZ BELTRAN** en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen e igualmente a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones.

SEXTO: COSTAS a cargo de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a favor de la demandante.

SEPTIMO: Se ORDENA la CONSULTA de la sentencia”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, la AFP no demostró que hubiera suministrado información completa para que la actora tomara la decisión informada para advertir las consecuencias de su determinación, respecto al interrogatorio de parte, indicó que, si bien la demandante, aceptó haber recibido alguna información respecto del régimen de ahorro individual con solidaridad, al hablar de rentabilidad y que el dinero ahorrado le permitía obtener una buena o mala pensión, siendo ello, una confesión, estimó, que, para la época, no solo se debía suministrar información sobre el RAIS, sino del RPM, situación que no se verifica en su declaración, por ello, la afiliada no tuvo la oportunidad de comparar y adecuar las exposiciones realizadas con su situación personal, para de esta manera elegir, la que más le conviniera, por lo que, no se podía concluir que se hubiera brindado una debida asesoría, respecto a las consecuencias del movimiento al fondo privado. Respecto a la migración

Exp. No. 023 2022 00354 01

horizontal efectuada con posterioridad tampoco se podía concluir que se brindó una debida asesoría.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpuso el recurso de apelación, así:

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia, en lo tocante a la declaratoria de ineficacia y a las órdenes de devolución a cargo de dicha entidad, centrando su argumentación únicamente, respecto a la indexación, pues, en su sentir, los rendimientos generados y demás conceptos, son superiores a los que se hubieran recibido en el RPM, encontrándose compensado dicho rubro, resaltando que tales emolumentos no fueron peticionados en el introductorio y por ello, no se puede ordenar su reintegro.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia, al considerar que, el traslado de la actora es totalmente válido, pues, conforme a lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte, se podía constatar que ella era consciente de su decisión, y que tal movimiento, fue realizado de manera libre y voluntaria, previo a recibir una debida asesoría por parte del promotor de la entidad, correspondiéndole a la afiliada desvirtuar la buena fe de la AFP, sin que se adviertan o acrediten vicios del consentimiento a la hora de suscribir el formulario de traslado, por otro lado arguye que, para la fecha en que se presentó la demanda, la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Exp. No. 023 2022 00354 01

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i)* ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, libre de vicios del consentimiento, supone que el traslado de régimen es válido?
- ii)* En el año 1994, la AFP no tenía la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.
- iii)* la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iv)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? En caso afirmativo ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., al momento de sustentar los recursos y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que con la suscripción del formulario de afiliación se acredita la voluntad de trasladarse de régimen; en este sentido se recuerda que era Colfondos Pensiones y Cesantías quien tenía la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este

Exp. No. 023 2022 00354 01

punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria

Exp. No. 023 2022 00354 01

para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 11 de noviembre de 1994 (fº. 68 archivo 1) a Colfondos Pensiones y Cesantías y de allí hizo un movimiento horizontal a Protección Pensiones y Cesantías el 12 de diciembre de 2001 (fº. 45 del archivo 1 y fº. 29 del archivo 7); luego entonces, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Exp. No. 023 2022 00354 01

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 34 del archivo 1 y fº. 80 del archivo 10), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE REGIMEN DE **AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**

Exp. No. 023 2022 00354 01

Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Rubiela Gómez Beltrán (fº. 19 archivo 1), reclamación y respuesta emitida por Colpensiones (fº. 23, 27 archivo 1), reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fº: 30 archivo 1, fº. 376 archivo 9), petición y respuesta de Protección S.A. (fº. 33, 38 archivo 1, fº. 39 archivo 7), certificado de afiliación expedido por Protección S.A. (fº. 44 archivo 1), formulario de traslado a Protección S.A. (fº. 45 archivo 1, fº. 29 archivo 7), historia laboral de Protección S.A. (fº. 46 archivo 1, fº. 42 archivo 7), reclamación y resolución emitida por Colfondos (fº. 62, 66 archivo 1), formulario de traslado a Colfondos (fº. 68 archivo 1), certificado de afiliación a Colfondos (fº. 69 archivo 1), reporte de días acreditados emitido por Colfondos (fº. 70 archivo 1), respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia a petición incoada por la abogada Diana Marcela Montiel Chica (fº. 72 archivo 1), solicitud de vinculación a Protección S.A. (fº. 30 archivo 7), inscripción de cuenta financiera a Protección S.A. (fº. 31 archivo 7), certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fº. 32 archivo 7), certificado SIAFP de Asofondos (fº. 37 archivo 7), reporte de estado de cuenta ante Protección (fº. 58 archivo 7), documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales” (fº: 71 archivo 7), copia de artículo de periódico (fº. 76 archivo 7), artículo de Asofondos (fº. 79 archivo 7), documento de la Superintendencia Financiera de Colombia, denominado “Administradoras de fondos de pensiones, deber de asesoría e información al consumidor” (fº. 81 archivo 7), contenido de la página web de Protección, respecto a las diferentes modalidades de pensión en dicho fondo (archivo 8), expediente administrativo emitido por Colpensiones (fº, 41- 375 archivo 9); no permiten colegir que la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS

Exp. No. 023 2022 00354 01

por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Rubiela Gómez Beltrán, es bachiller y actualmente administra un supermercado, recibe una pensión de sobrevivencia por su ex esposo fallecido. Del traslado a Colfondos S.A., informó que, para 1994 empezaba a trabajar con un supermercado y en el área talento humano les informaron que habían autorizado a los fondos para que les dieran charlas para ver si se trasladaban, pero la jefe de dicha área, les advirtió que, para ello, debían tener 5 años de permanencia en el Seguro Social, de lo contrario no lo podían hacer. A la promotora que la atendió le preguntó que, si había problema, para realizar el traslado, al contar con menos de los 5 años afiliada en el Seguro Social, y ella le informó que no había ningún tipo de inconveniente, entonces, ella su esposo, en ese momento, decidieron migrar al RAIS. La información que le suministró la asesora consistió en decirles que, el Seguro Social se iba a acabar, por el contrario, dicho fondo, era sólido y recibirían una buena pensión y rentabilidad. Al auscultársele sobre aportes voluntarios, dijo no recordar que le hubieran hablado de ello; de la forma en cómo se iba a reconocer y liquidar su pensión, indicó que, *“si, pues, ella si me dijo, que eso era dependiendo de lo que yo tuviera en el momento ahorrado, sobre eso, era basado, era mi pensión”*, pero no le dijeron las condiciones para pensionarse y liquidarse la mesada pensional en el RPM, ya que se centraron en los beneficios del RAIS. Su movimiento horizontal a Protección, lo realizó porque le pareció más sólido y le daban la oportunidad de ahorrar dinero, pero sin que le fuera cobrada una cuota de manejo, era como, una especie de CDT, obteniendo unas ganancias por eso. Su deseo de retornar al RPM, es porque se dio cuenta, que los argumentos expuestos por los fondos privados no eran ciertos, Colpensiones es más sólida y su pensión va a ser mejor allí, que en el fondo privado. Por otro lado, informó que, no le hablaron que se abriría una cuenta a su nombre, ni que su mesada pensional dependería de un ahorro en su cuenta, pero que sí, podía pensionarse de manera anticipada y podía retirar los dineros ahorrados, cuando ella quisiera. Que, cuando

Exp. No. 023 2022 00354 01

cumplió 48 años de edad, se acercó a las oficinas de Protección S.A., y allí le informaron que ya no podía retornar al RPM, reclamando el ¿por qué no le habían puesto a su consideración que tenía la posibilidad de retornar al RPM?

De la respuesta brindada por Rubiela Gómez Beltrán, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, destacando que, tal y como lo expuso el juzgado de conocimiento, el hecho que ella aceptara que le hablaron que su mesada pensional dependía de sus aportes o cotizaciones y que estos a su vez generaban unos rendimientos y que podría pensionarse de manera anticipada, denotan que, se suministró únicamente información sobre los posibles beneficios que tendría al trasladarse de régimen, sin embargo, tal situación, no le resta la responsabilidad al fondo de pensiones de haber suministrado para el año 1994 las consecuencias de su determinación, y tal como lo dijo el *A quo*, si se omite información relevante, se vulnera o quebranta el deber de información de manera flagrante.

En síntesis, la AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con el formulario de afiliación y la información suministrada por el asesor del fondo de pensiones, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos

Exp. No. 023 2022 00354 01

frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Las argumentaciones expuestas en forma precedente, son suficientes para indicar que, no resulta adecuado, como lo señala la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y tampoco pueden ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, se compensan la pérdida del poder

Exp. No. 023 2022 00354 01

adquisitivo de la moneda, máxime que las ganancias que recibió la actora resultan ser superiores a las que se hubieran generado en el RPM.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Exp. No. 023 2022 00354 01

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Condena en costas.

Se condenará en costas en esta instancia a Colfondos Pensiones y Cesantías y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Exp. No. 023 2022 00354 01

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105036 2019 00373 01
Demandante: Nancy del Socorro Bustamante Rodelo
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, y la Administradora de Fondos
de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada Camila Soler Sánchez, identificada con C.C. n°. 1.014.290.875 de Bogotá D.C. y portadora de la TP n°. 352.159 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura para que actúe en representación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de conformidad arrojado en esta instancia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Exp. No. 036 2019 00373 01

La señora, **Nancy del Socorro Bustamante Rodelo**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 66 del archivo 1):

“PRIMERA: DECLÁRESE LA NULIDAD de la afiliación de la señora **NANCY DEL SOCORRO BUSTAMANTE RODELO** a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, realizada el 14 de octubre de 1994, y a través de la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **CAJANAL** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- ISS**, hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”**, al régimen de ahorro individual administrado por **HORIZONTE** hoy la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDA: DECLÁRESE Válida y vigente la afiliación de la señora **NANCY DEL SOCORRO BUSTAMANTE RODELO**, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”**.

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir a la demandante, *ii)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos al RPM; *iii)*, derechos conforme a facultades ultra y extra petita; *iv)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 11 de diciembre de 1965.
2. Se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en diciembre de 1985, teniendo como empleador a la empresa Fed De Algodoner.
3. El 14 de octubre de 1994 se trasladó a la AFP Horizonte hoy la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Exp. No. 036 2019 00373 01

4. El motivo para adoptar tal determinación fue que el Seguro Social sería liquidado y los beneficios que le ofrecieron, como pensionarse a más temprana edad y que el monto de su mesada sería más alto.
5. No fue asesorada e informada en forma clara, completa, veraz, oportuna y suficiente sobre su movimiento al RAIS
6. Ha cotizado durante toda su vida laboral un total de 1259 semanas.
7. La mesada pensional a reconocer entre uno y otro régimen son totalmente disímiles.
8. El 28 de febrero de 2019 solicitó la “nulidad” del traslado ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y el RAIS.
9. Los pedimentos fueron desatados de manera desfavorable el 28 de febrero y 12 de marzo de 2019.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 7 de mayo de 2019 (fº. 92 archivo 1) y admitida el 5 de septiembre de 2019 (fº. 93 archivo 1).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso 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, buena fe y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el traslado de la demandante al RAIS fue realizado en forma libre, informada y espontánea, además no se allegó prueba que permita concluir que el mismo se realizó bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que es nulo, por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS (archivo 9).

Con auto del 18 de julio de 2022, se ordenó la integración del contradictorio de Protección Pensiones y Cesantías en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (archivo 10).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio

Exp. No. 036 2019 00373 01

contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, la afiliación materializada a dicha entidad y la respuesta brindada a la petente; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia del traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373-2021 y la genérica. En apretada síntesis sostuvo que, ante la entidad el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, debiendo probarse la existencia de un vicio del consentimiento, para determinar la procedencia de su ineficacia, máxime que al momento de la suscripción del formulario era el fondo el que debía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara la decisión entre los regímenes (archivo 13).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por su parte propuso las excepciones que denominó; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. Fundó su discrepancia con los pedimentos en que, la entidad siempre ha actuado de buena fe y en el marco de la legalidad, pues, todas las personas allí afiliadas lo han hecho en forma libre y voluntaria, tal y como se puede acreditar con el formulario de afiliación, donde se plasmó su voluntad de permanecer en el RAIS (archivo 14).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y SEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 26 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 21):

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por NANCY SOCORRO BUSTAMANTE RODELO del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, con efectividad a partir del 1º de noviembre del 94, a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, normalizar la afiliación de la activa en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

Dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con la AFP HORIZONTE, como en el que directamente estuvo con la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN 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 de esta con dicha AFP, por 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 a la fecha de su pago.

Dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con ING, como el que directamente se estuvo con la AFP PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Expuso que, el deber de información se encuentra consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que, de las pruebas arrimadas

Exp. No. 036 2019 00373 01

al expediente, no se podía colegir que se hubiera cumplido con el mismo al momento de su traslado.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Colpensiones alega que no se acreditaron vicios del consentimiento para declarar la ineficacia del traslado, pues la demandante no tenía una expectativa legítima para adquirir el derecho pensional y tampoco es beneficiaria del régimen de transición para retornar al RPM, debiendo someterse al sistema que actualmente se encuentra afiliada. No se probó que los fondos hubieran suministrado una información equivocada, máxime que, para la época de la migración de régimen, solamente se tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones del traslado no siendo viable declarar la ineficacia, dado el desinterés de la demandante, permaneciendo afiliada en el RAIS, de manera libre y voluntaria. Frente a la condena en costas, solicitó su revocatoria, como quiera que ello genera un detrimento patrimonial, por decisiones en las que la entidad no tuvo ninguna injerencia, dado que era el fondo privado el que debió brindar la debida asesoría a la demandante, siendo Colpensiones un tercero de buena fe.

La sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, considera que no existen razones para declarar la ineficacia del traslado, pues si bien en el interrogatorio de parte, indicó que fue coaccionada por parte de su empleador, tal situación no quedó registrada en el libelo genitor, además, en la asesoría que le fue brindada se le pusieron en conocimiento las características del RAIS, generándose duda sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se materializó su movimiento a dicho sistema. Por otro lado, se deben tener en cuenta los múltiples traslados efectuados por la afiliada, queriendo denotar su voluntad de permanecer en el sistema privado. En el formulario de

Exp. No. 036 2019 00373 01

afiliación se registró la firma de la actora. La inconformidad de la demandante radica respecto al monto de la mesada pensional y no, en la falta del deber de información. La petente tenía a su cargo un deber de información, pero guardó silencio, no pudiéndose beneficiarse de su propia culpa y al no encontrarse actualizados sus datos, el fondo no pudo entregar la información de manera oportuna. Además, que se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM. En caso de confirmarse la sentencia, solicita se revoque las condenas por conceptos de descuentos por gastos de administración y primas de seguros previsionales al no encontrarse en su patrimonio actualmente dichos rubros, agregando estos conceptos no se utilizan para financiar la prestación de la actora, tampoco considera viable, se ordene la indexación de las condenas, ya que estos se encuentran compensados con los rendimientos, generándose una doble condena y enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Las costas no son procedentes, ya que la entidad actuó de buena fe.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se ratifica en los argumentos esbozados en la alzada.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.
- ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iii) Es procedente la condena en costa impuesta por el juez de primer grado a Colpensiones.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar su respectivo recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, interpone recurso de apelación en el que indica que en el *sub lite* no se presentaron los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta las exposiciones brindadas por la demandante a la hora de rendir el interrogatorio de parte, insistiendo que, sobre la afiliada también recaía el deber de información, sin embargo, no utilizó los medios a su alcance para resolver dudas o inquietudes sobre el régimen pensional al cual se había trasladado.

Para resolver la dicotomía planteada, debemos traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, que indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.**”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

Exp. No. 036 2019 00373 01

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: *“la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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”*.

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993

Exp. No. 036 2019 00373 01

hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 14 de octubre de 1994 (f°. 5 del archivo 1 y f°. 32 del archivo 9); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación no denota el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente

Exp. No. 036 2019 00373 01

porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (14 de octubre de 1994), se anota con leyenda preimpresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS” lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - registro civil de nacimiento (fº. 3 archivo 1), copia de la cédula de ciudadanía de Nancy del Socorro Bustamente Rodelo (fº. 4 archivo 1), formulario de afiliación suscrito ante Horizonte el 14 de octubre de 1994 (fº. 4 archivo 1 y fº. 32 del archivo 9), reclamación presentada ante el RPM y el RAIS (fº. 6, 14 archivo 1), respuesta emitida por Porvenir y Colpensiones (fº. 12, 23, 55 archivo 1, fº. 76 archivo 9), historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fº. 26 archivo 1, fº. 36 archivo 9), reporte de semanas cotizadas ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (fº. 44 archivo 1, fº. 26 archivo 13), simulación pensional realizada por Porvenir (fº. 48 archivo 1), certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (fº. 52 archivo 1, fº. 81 archivo 9), formulario de traslado a Porvenir realizado el 5 de marzo de 1999 y a Horizonte el 25 de julio de 2002 (fº. 33, 34 archivo 9), certificado emitido por Porvenir S.A. (fº. 35 archivo 9), relación histórica de movimientos y de aportes emitida por Porvenir (fº. 54, 63 archivo 9), certificado SIAFP emitido por Asofondos (fº. 85 archivo 9, fº. 35 archivo 14), concepto respecto al traslado de recursos entre regímenes (fº. 88 archivo 9), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 99 archivo 9, fº. 44 archivo 14), expediente administrativo emitido por el ente del RPM (fº. 59 archivo 13), constancia de traslado de aportes y reporte de estado de cuenta efectuado

Exp. No. 036 2019 00373 01

por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección (fº. 30 archivo 14), documento denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales” y “Administradoras de fondos de pensiones, deber de asesoría e información al consumidor financiero” (fº. 37 archivo 14) - no permiten colegir que la AFP Porvenir S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

En el interrogatorio de parte realizado a Nancy del Socorro Bustamante Rodelo, informó que para la época del traslado inicial se encontraba laborando en el Banco Ganadero de Magangué - Bolívar y la esposa del gerente era asesora de Horizonte, la abordó y le dijo que, si no se trasladaba obviamente le cancelaban el contrato, por lo que accedió a firmar el formulario, lo único que le dijo era que podía sacar el dinero cuando ella quisiera y si quería salir con algo más de mesada podía hacer aportes voluntarios y que sus aportes podían ser heredados por sus familiares, pero no le dio información sobre las modalidades para pensionarse en dicho régimen, ni pólizas de aseguramiento, la devolución de saldos, ni el derecho de retracto y ante de cumplir los 47 años no fue notificada que tenía la posibilidad de retornar al RPM. Respecto a los traslados horizontales, informó que, al pasar a la Electrificadora de Magangué, pasó a otro fondo, limitándose a indicarle que venía con los mismos requisitos que Horizonte. El motivo para retornar al RPM, fue el engaño respecto a los ofrecimientos que le hicieron, además que, su mesada pensional sería más favorable en dicho sistema.

Teniendo la carga de la prueba de la asesoría las Administradoras del RAIS, una vez examinado el acervo probatorio, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la

Exp. No. 036 2019 00373 01

jurisprudencia antes citada. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Y con respecto a lo afirmado por Colpensiones de que la parte demandante no probó que existiera algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse el traslado de régimen, es de recordar que el análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala la administradora del RPM que la demandante probara la configuración de un vicio en su

Exp. No. 036 2019 00373 01

consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si se cumplió con el deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Y frente a la restricción de traslado de la parte actora, alegada por Colpensiones con base en los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 14 de octubre de 1994 (f°. 5 archivo 1), con destino a Horizonte hoy la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

2. De la sostenibilidad Financiera del Sistema.

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, con las consecuencias propias de la ineficacia acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a

Exp. No. 036 2019 00373 01

descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y tampoco se debe ordenar su restitución de manera indexada como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, estos suplen la devaluación de la moneda y se compensa la obligación contraída.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de

Exp. No. 036 2019 00373 01

administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución

Exp. No. 036 2019 00373 01

al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

4. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. De la condena en costas de primera instancia.

Reclamó el apoderado de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que no se fulminara condena en costas de primera instancia, pues su actuar se enmarcó dentro del principio de la buena fe, en este aspecto, deberá indicarse que, al encontrarse acreditada la falta al deber de información al momento del traslado de la aquí demandante, es un signo demostrativo que no actuó el fondo de pensiones con la suficiente diligencia y cuidado, amén que, estos conceptos se encuentran a cargo de la parte vencida, que en el presente caso, es la recurrente, por lo que, no se revocará la condena impuesta. Por otro lado, al no salir victoriosos las argumentaciones realizadas al momento de sustentar la alzada, también se condenará en costas en esta instancia a la aludida recurrente.

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena

Exp. No. 036 2019 00373 01

en costas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 29 de mayo de 2023, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Segundo.- REVOCAR parcialmente el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las costas impuestas.

Tercero.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

Exp. No. 036 2019 00373 01



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105036 2019 00373 01. Demandante: Nancy del Socorro Bustamante Rodelo. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105016 2019 00390 01
Demandante: Luz Marina Ferro Cortes
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, y Colfondos S.A. Pensiones y
Cesantías**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a Liseth Dayana Galindo Pescador, identificada con C.C. n°. 1.073.680.314 de Soacha y portadora de la TP n°. 215.205 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada en esta instancia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Exp. No. 016 2019 00390 01

La señora, **Luz Marina Ferro Cortes**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 25 archivo 3):

“PRIMERA: DECLARESE LA NULIDAD de la afiliación de la señora **LUZ MARINA FERRO CORTES, PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, desde el 31 de Enero de 1995, a través de la cual se traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por el **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - “COLPENSIONES”** al régimen de ahorro individual.

SEGUNDA: DECLARESE la libertad de la señora **LUZ MARINA FERRO CORTES**, de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la nulidad de la afiliación a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**”

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibirla en la entidad, *ii)* a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a liberar de las bases de datos y devolver los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación a la actora, junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado y realizar el respectivo traslado, *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 28 de marzo de 1960.
2. Empezó su vida laboral el 1º de mayo de 1992 con la Universidad de los Andes.
3. El 31 de enero de 1995 se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.
4. No fue asesorada e informada en forma clara, completa, veraz, oportuna y suficiente sobre su movimiento al RAIS.
5. Ha cotizado 1591 semanas durante su vida laboral.
6. Diligenció formulario de retorno al RPM el 8 de mayo de 2019, pero no fue aceptado su pedimento.

Exp. No. 016 2019 00390 01

7. Ante Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., reclamó la nulidad de la afiliación, pero también fue desatada de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 7 de junio de 2019 (archivo 4) y admitida el 8 de octubre de 2019 (archivo 7).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, su vinculación inicial a dicha entidad y el agotamiento de la vía gubernativa y la respuesta brindada a la petente; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica. En apretada síntesis sostuvo que, el traslado de la demandante se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la norma vigente, *“sin que para dicha data se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita”* (archivo 20).

Con auto del 24 de marzo de 2021, el Juzgado 41 Laboral del Circuito avocó el conocimiento del trámite, atendiendo para tales efectos lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 (archivo 23).

Después de subsanar el escrito de contestación de la demanda, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sentó su inconformidad con el petitum de la demanda. No formuló excepciones. Como fundamento de su oposición arguyó que, para la época del traslado de la demandante, los fondos no tenían la obligación de brindar la información en los términos por ella solicitados, agregando, que, en la asesoría verbal dada a la afiliada, se le pusieron en conocimiento las características, ventajas y desventajas del

Exp. No. 016 2019 00390 01

régimen pensional al cual se iba a realizar la migración (archivo 25).

En audiencia celebrada el 23 de marzo de 2022, se ordenó la vinculación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP (archivo 44), entidad que al momento de contestar el introductorio estimó en primer lugar que, la demanda no iba dirigida contra ella, por otro lado, afirmó que, la actora no estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal sino al extinto Instituto de Seguros Sociales, precisando que, el traslado al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria. De los fundamentos fácticos dijo no constarle ninguno.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 24 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 57):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por **LUZ MARINA FERRO CORTES** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.**, para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada **AFP** también deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados 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.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los dineros provenientes de la **AFP COLFONDOS S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

Exp. No. 016 2019 00390 01

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas **AFP COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, y a favor de la demandante, en la suma única de **\$1.160.000**.

SEXTO: ABSOLVER a la convocada **UGPP**, de las pretensiones elevadas en la demanda.

SÉPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

OCTAVO: *En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones...*

Fundo su decisión en las sentencias SL 2932 de 2022 y SL 3891 de 2022.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sentó su inconformidad respecto a la orden de devolución indexada de los conceptos señalados en la sentencia, pues en su sentir, con los rendimientos generados durante el período que administró los recursos pensionales de la actora, resultan ser superiores al que hubiera generado en el RPM, quedando compensado este concepto, además, este no fue solicitado en la demanda, ni fue incluido al momento de fijar el litigio, luego entonces, ordenarse el reconocimiento de este concepto vulneraría el principio de consonancia y congruencia de la sentencia. Por otro lado, solicita se revoque la orden de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y descuentos de la cuenta de la petente, al no ajustarse a la realidad, pues la entidad ha administrado en debida forma los rubros depositados en la cuenta de ahorro individual y gracias a ello, se generaron rendimientos y por otro lado, la entidad hizo el pago a terceros.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones argumentó que al declararse la ineficacia se vulnera el principio de sostenibilidad

Exp. No. 016 2019 00390 01

financiera, imponiéndose cargas adicionales a la entidad frente a los usuarios, pues, el hecho de que el afiliado no se encuentre conforme con el monto de la mesada pensional a reconocer en el RAIS no es suficiente para fundar la decisión, por lo que, reclama se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la demandada de las pretensiones de la demanda.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia.

A su turno, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, señala que la actora se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM, por otro lado, que no se encuentran acreditados los vicios del consentimiento, amén que los hechos ocurrieron el 31 de enero de 1995, es decir, hace 28 años; el consentimiento de la afiliada se encuentra vertido en el formulario de afiliación no siendo viable imponer cargas adicionales, además, resaltó que la decisión descapitalizaría el sistema, reclamando de manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de la sentencia.

7.PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
- ii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la

Exp. No. 016 2019 00390 01

respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto.

Por otro lado, Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, señala que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM y que no se demostraron vicios del consentimiento a la hora de efectuarse el traslado de régimen. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia no fue objeto de ataque. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvencción, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, los puntos esgrimidos a la hora de sustentar la alzada.

1. De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de

Exp. No. 016 2019 00390 01

prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría una doble condena a cargo de la entidad.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Exp. No. 016 2019 00390 01

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el *A quo*, En consecuencia, la indexación opera sólo frente

Exp. No. 016 2019 00390 01

a estos tres últimos conceptos y así se dejará sentado en la parte resolutive de la presente providencia.

3. Condena en costas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de la condena en costas de primera instancia, esta Sala de Decisión, debe precisar que al no ser objeto de apelación este concepto, se aprenderá su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en tal sentido, absolverá de dicha condena al ente de seguridad social citado, al no haber participado del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable, se le impondrá condena en costas. No se impondrá condena en costas a cargo del fondo privado, pues, sus argumentos prosperaron de manera parcial en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a Colpensiones, todos los valores recibidos de la cuenta de ahorro individual de Luz Marina Ferro Cortes por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores,

Exp. No. 016 2019 00390 01

junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- REVOCAR parcialmente el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las costas impuestas.

Tercero.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105008 2021 00392 01
Demandante: José Leonel Mican Marín
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones y la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **José Leonel Mican Marín**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 8 del archivo 1):

“

1. Que se declare probado que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** le suministró a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** un cálculo actuarial falso que no permitiera

Exp. No. 008 2021 00392 01

establecer la diferencia real entre el valor real la mesada pensional que obtendría en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual.

2. **Que se declare probado** que el extinto **SEGURO SOCIAL – ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** nunca le informaron a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** que el valor de la pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad dependía directamente del capital acumulado en su cuenta y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el nivel de riesgo de inversión en el portafolio del Fondo Privado, el alto costo de la venta del Bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada; esto sin contar con los porcentajes mensuales de descuento que por la administración de tales recursos le efectuaría el Fondo privado EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN**

3. **Que se declare probado** que el extinto **SEGURO SOCIAL – ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** nunca le informaron a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** que bajo el régimen de prima media con prestación definida, tenía un derecho pensional cierto, que se consolida en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar un porcentaje establecido en la ley, acorde con el número de semanas cotizadas al alcanzar la edad por ley exigida.

4. **Que se declare probado** que el extinto **SEGURO SOCIAL – ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** nunca le informaron a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** que para pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad antes de los 62 dependía del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual y de la venta de su bono pensional que le permitiera obtener una pensión mensual de por lo menos el 110% del salario mínimo legal mensual vigente..

5. **Que se declare** que el extinto **SEGURO SOCIAL – ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** nunca le informaron a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** que el reconocimiento de la pensión a los 57 años de edad estaba sujeto a alcanzar un monto base de aportes en su cuenta, valor que nunca le fue determinado para tener derecho a una pensión mínima.

6. **Que se declare probado** que el extinto **SEGURO SOCIAL – ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** nunca le informaron a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** sobre los aportes obligatorios y voluntarios que debía cotizar en el régimen de ahorro individual con solidaridad o del capital debía acumular en su cuenta, para que su mesada pensional fuera igual que en el régimen de prima media con prestación definida.

7. **Que se declare probado** que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** por intermedio de sus agentes, en su afán por capturar de forma masiva afiliados y lograr su beneficio

Exp. No. 008 2021 00392 01

particular, faltó por completo a su deber profesional de analizar la situación pensional particular de la demandante para aconsejar de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado y vulneró de hecho las expectativas legítimas de EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** para pensionarse bajo condiciones más favorables en el régimen de prima media con prestación definida.

8. **Que se declare probado** que el Fondo privado asaltó a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** en su buena fe, al incidir en el cambio de Régimen Pensional donde se encontraba, ya que le suministró información falsa a tal punto que, de haberla conocido de forma plena, no hubiera efectuado el cambio de régimen.

9. **Que se declare probado** que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** Nunca suministró una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el régimen pensional de prima media y trasladarse al de Ahorro individual. Omitió información neurálgica para una decisión que comprometía consecuencias vitales a mi poderdante.

10. **Que se declare probado** que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** no le informó a EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** que durante todo el tiempo que permaneciera en el Fondo de pensiones privado, el 11.5% de su aporte se abonaría en la cuenta de ahorro individual, que el 1.5% al fondo de Garantía de Pensión Mínima, que el 1.4% cubre el costo en la comisión de administración, que el 1.6% al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia y que por ganar más de 4 salarios mínimos, realizaría de manera gradual (y con relación a su nivel de ingreso), un aporte que se destinará al financiamiento del Fondo de Solidaridad Pensional

11. Declarar la **NULIDAD** de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones de EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN**, con la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** por cuanto la misma contenía los vicios del consentimiento del error y el dolo.

12. Declarar la **NULIDAD** del traslado de EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN** del régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

13. Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación con la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** EL señor **JOSE LEONEL MICAN MARIN**, se deberán trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por cuando la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente.

En consecuencia, solicita se condene a *i)* la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar los aportes, junto con los rendimientos y detalles de los aportes al RPM, *ii)* a la Administradora

Exp. No. 008 2021 00392 01

Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir o aceptar la afiliación del actor, *iii*) costas y agencias.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Empezó a cotizar al régimen de prima media en 1983.
2. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 su afiliación se encontraba activa.
3. El 29 de febrero de 2000 se trasladó a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
4. No le fue suministrada información idónea para efectuar el traslado de régimen.
5. A la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 1100 semanas de cotización.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 30 de agosto de 2021 (archivo 1) y admitir el libelo introductorio con proveído del 15 de septiembre de 2021 (archivo 6).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a la entidad; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos y no le constaban. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. Soporte de su oposición se centra en que, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado de régimen pensional, pero presume que ejerció su derecho de libre escogencia y con el lleno de las exigencias legales vigentes para la época, debiendo probarse tanto los vicios del

Exp. No. 008 2021 00392 01

consentimiento como la falta de información e ineficacia (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Dijo que no eran ciertos o no le constaban ninguno de los fundamentos fácticos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la migración al RAIS se realizó con Colpatria hoy Porvenir S.A., en el año 2000, producto de una decisión libre e informada, después de brindarse la debida asesoría e implicaciones que tenía tal movimiento, por lo tanto, no se ha configurado ningún vicio del consentimiento (archivo 9).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 29 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 17):

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JOSE LEONEL MICAN MARIN realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 29 de febrero de 2000 mediante su afiliación a Colpatria hoy PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor JOSE LEONEL MICAN MARIN.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JOSE LEONEL MICAN MARIN, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746, esto es con todos los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos.

Exp. No. 008 2021 00392 01

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, no se aportaron medios de convicción para acreditar el cumplimiento del deber de información, y con el interrogatorio de parte rendido por el actor, no se podía obtener una confesión, para dar validez al régimen pensional, y si bien no existía con claridad la forma en cómo se debía brindar asesoría, ello no era óbice para que se brindara información pormenorizada de los efectos del traslado de régimen en apego al Decreto 646 de 1994 y la misma Ley 100 de 1993. Además, el formulario de traslado demuestra un consentimiento sin vicios, pero no informado.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, reclama la revocatoria del ordinal tercero de la sentencia, argumentando para tal efecto que, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se establecen los descuentos autorizados a realizar a los afiliados, agregando que, en el canon 113 de la aludida preceptiva legal, señala en forma clara que conceptos se deben devolver en caso de cambio en el régimen pensional, siendo improcedente la devolución de sumas diferentes, pues esto configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, el demandante, el estado y en detrimento de la entidad, al no estar destinadas a financiar la prestación del afiliado y tampoco hacen parte integrante de la pensión. Por otro lado, señala que, la orden de indexación es improcedente e incompatible, pues la cuenta del actor no se ha visto afectada, por el contrario, se le han generado rendimientos.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sienta su inconformidad con la declaratoria de ineficacia del traslado del actor,

Exp. No. 008 2021 00392 01

pues, en su sentir, el movimiento realizado por el actor al RAIS obedeció a una manifestación espontánea de su voluntad, libre de vicios del consentimiento, por tanto, no existe ilegalidad alguna al momento de materializar dicho traslado, recordando que este también contaba con obligaciones con el sistema, siendo el silencio en el transcurso del tiempo demuestra la voluntad de permanecer en el régimen seleccionado; por otro lado arguye que, se genera a cargo de la entidad obligaciones patrimoniales, que la afectan económicamente, en caso de confirmarse la sentencia, reclama se reintegren al RPM, las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos, porcentaje destinado a los seguros previsionales y gastos de administración

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

i) ¿Es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen que hiciera el actor el 29 de febrero del año 2000?

ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

iii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que el demandante efectuó el traslado de régimen voluntariamente, no existiendo ninguna irregularidad, anomalía o vicio del consentimiento para tramitar tal pedimento; en este sentido se recuerda que era la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

Exp. No. 008 2021 00392 01

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

Exp. No. 008 2021 00392 01

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “*REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones*”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como

Exp. No. 008 2021 00392 01

propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de febrero del año 2000 a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías Porvenir (fº. 103 archivo 9); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su

Exp. No. 008 2021 00392 01

afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «*esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante (fº. 103 archivo 9), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES A QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de José Leonel Mican Marín (fº. 7 archivo 3), reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fº. 8 archivo

Exp. No. 008 2021 00392 01

3), petición incoada ante Porvenir y Colpensiones (fº: 14, 15 archivo 3), certificado de Asofondos (fº. 101 archivo 9), formulario de traslado a Colpatria (fº. 103 archivo 9), comunicado de prensa (fº. 104 archivo 9), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 104 archivo 9), respuesta de Superintendencia Financiera de Colombia a petición incoada por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías Asofondos (fº. 107 archivo 9), relación histórica de movimientos en Porvenir (fº. 115 archivo 9), relación de aportes realizados en Porvenir (fº. 121 archivo 9), historia laboral consolidada en Porvenir S.A. (fº. 132 archivo 9), certificado Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fº. 139 archivo 9), certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A. (fº. 145 archivo 9); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que el demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

José León Micán Marín, informó que, a mediados de febrero del año 2000, en la empresa donde prestaba sus servicios, le dejaron unos formularios firmados por la contadora que era la jefe de personal, dejándole la razón que este era un documento de traslado a un fondo, debiendo suscribirlo, porque el Seguro Social se acababa y la empresa debía protegerlos, ante tal circunstancia. Fue enfático que, nunca lo visitó ningún asesor del entonces Colpatria, máxime que él prestaba sus servicios en horas de la noche en el aeropuerto. El formulario lo diligenció la empresa, de acuerdo a la información que se encontraba en su hoja de vida. No retornó al RPM, porque no tenía información sobre la diferencia de los fondos pensionales, encontrándose tranquilo, porque estaba afiliado y allí se estaban realizando los pagos, sin embargo, en el año 2021, se acercó al fondo de pensiones, para saber que documentos necesitaba para pensionarse y un asesor lo atendió, le dio unos “dibujitos”, unos “muñequitos” y le puso en su conocimiento que su mesada correspondería a un salario mínimo, procediendo en ese momento a investigar, sintiéndose engañado, porque nunca le dijeron cómo se pensionaría en dicho régimen ni en el extinto

Exp. No. 008 2021 00392 01

Seguro Sociales. Aceptó recibir los extractos y entender que allí se registra un “capital que tiene uno ahorrado”, referente a los pagos que él y la empresa realizan.

En síntesis, la AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la suscripción, por parte del actor, del formulario de afiliación pre impreso. Si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario aportado, pues, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales en el expediente, todas ellas son posteriores al acto de traslado y tampoco de la declaración rendida por el demandante, quien fue reiterativo en señalar que, el formulario no lo diligenció y lo suscribió porque la empresa le informó que debía hacerlo porque el Seguro Social se iba a liquidar y debían asegurar sus aportes pensionales, pero nunca le informaron que las diferencias a la hora de pensionarse eran tan distintas entre el RPM y el RAIS, sintiéndose engañado. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no

Exp. No. 008 2021 00392 01

solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará este punto de la sentencia en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Exp. No. 008 2021 00392 01

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el estado y el mismo demandante, además, porque a favor del afiliado se generaron rendimientos.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Exp. No. 008 2021 00392 01

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, se modificará la sentencia de primera instancia, aclarando que la indexación procede únicamente respecto de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

4. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Condena en costas

Acertada fue la determinación de la *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones. Pese a lo anterior y dado el resultado desfavorable del recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas de esta instancia. Al salir avante el recurso de apelación impetrado por el fondo de pensiones, en esta instancia no se fulminará condena en costas a su cargo.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 29 de junio de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir a realizar el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, por todo el tiempo de permanencia del

Exp. No. 008 2021 00392 01

actor. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se les concederá un plazo de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105008 2021 00454 01
Demandante: Fernando Alfonso Grimaldo
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones, la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,
Sociedad Administradora de Fondos de
Pensiones y Cesantías Protección S.A. y
Colfondos Pensiones y Cesantías S.A..**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **Fernando Alfonso Grimaldo García**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Protección S.A. y Colfondos Pensiones

Exp. No. 008 2021 00454 01

y Cesantías S.A. con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 5 del archivo 2):

- “1. Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el señor Fernando Alfonso Grimaldo García al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a finales del año 1994.
2. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, solicito se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías **ING hoy Protección S.A., a finales del año 1995.**
3. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, solicito se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.,** a mediados de 1996.
4. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, solicito se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías **ING hoy Protección S.A.,** a finales del año 1997.
5. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, solicito se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.,** a mediados de 2012.
6. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, solicito se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Fondo Privado de Pensiones **Colfondos S.A.,** a finales de 2014.
7. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados al señor Fernando Alfonso Grimaldo García en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado.
8. Que, como consecuencia de lo anterior, se orden el regreso del señor Fernando Alfonso Grimaldo García al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración actualización de su historia laboral, al igual que el bono pensional que haya a lugar.”

En consecuencia, solicita se condene a *i)* Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a devolver los aportes, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración al RPM, *ii)* costas y agencias.

2. HECHOS RELEVANTES

Exp. No. 008 2021 00454 01

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 16 de abril de 1961.
2. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 13 de marzo de 1980.
3. Se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a mediados del año 1994.
4. No le fue brindada una debida asesoría, acerca de las ventajas y desventajas de su movimiento de régimen.
5. A finales de 1995 migró a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías ING hoy Protección S.A.
6. De allí se movió nuevamente a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir en julio de 1996.
7. Se trasladó a ING hoy Protección en enero de 1997.
8. A finales del año 2012 nuevamente hace un movimiento horizontal a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
9. Realiza su paso a Colfondos Pensiones y Cesantías terminando el año 2014.
10. Colfondos Pensiones y Cesantías le realizó una simulación pensional y la mesada pensional que se reconocería en uno y otro régimen resultan disímiles.
11. Sumando las semanas cotizadas con las proyectadas por el fondo hasta el 30 de julio de 2024, arrojan un total de 1317.
12. El 21 de julio de 2021 solicitó su retorno al RPM pero se atendió de manera desfavorable su pedimento.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 30 de septiembre de 2021 (archivo 1) y admitir el libelo introductorio con proveído del 24 de agosto de 2022 (archivo 12).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio del actor, su

Exp. No. 008 2021 00454 01

afiliación a la entidad antes de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, la reclamación administrativa y su respuesta desfavorable; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos y no le constaban. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. Soporte de su oposición se centra en que, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado de régimen pensional, pero presume que ejerció su derecho de libre escogencia y con el lleno de las exigencias legales vigentes para la época, debiendo probarse tanto los vicios del consentimiento como la falta de información e ineficacia (archivo 13).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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. Soporte de su oposición se centra en que, brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones que tenía el traslado de régimen, máxime que se ratificó la voluntad de permanencia en la entidad al permanecer por espacio superior a los 20 años (archivo 15).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó la migración a dicho fondo, la fecha de nacimiento del actor, de los demás fundamentos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la

Exp. No. 008 2021 00454 01

obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, traslado de la totalidad de aportes. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el acto de traslado a Protección S.A., es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, no pudiéndose alegar un engaño (archivo 17).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Dijo que no eran ciertos o no le constaban ninguno de los fundamentos fácticos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la migración al RAIS efectuada el 8 de agosto de 1994 fue producto de una decisión libre e informada, después de brindarse la debida asesoría e implicaciones que tenía tal movimiento, además, se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 18).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 22 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 26):

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor FERNANDO ALFONSO GRIMALDO GARCÍA, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 8 de agosto de 1994, mediante su afiliación a Porvenir por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor FERNANDO ALFONSO GRIMALDO GARCÍA.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor FERNANDO ALFONSO GRIMALDO GARCÍA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración

Exp. No. 008 2021 00454 01

debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con todos los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR y que reposaban o que reposaron en algún momento en las cuentas de ahorro individual que tuvo el demandante en cada una de estas AFPs y de igual forma se ordena efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

SEXTO: Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad..”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, no se aportaron medios de convicción para acreditar el cumplimiento del deber de información, y con el interrogatorio de parte rendido por el actor, no se podía obtener una confesión, para dar validez al régimen pensional, y si bien no existía con claridad la forma en cómo se debía brindar asesoría, ello no era óbice para que se brindara información pormenorizada de los efectos del traslado de régimen en apego al Decreto 646 de 1994 y la misma Ley 100 de 1993. Además, el formulario de traslado demuestra un consentimiento sin vicios, pero no informado, resultando viable declarar la ineficacia del traslado efectuado. Consecuencialmente ordenó la devolución de todos los valores que hubiere recibido con ocasión a la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por gastos de administración, debidamente indexación, junto con las sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos causados.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías reclama la revocatoria de la sentencia, pues, en su sentir, no se debe ordenar la devolución de gastos de administración, al ser descuentos autorizados legalmente y no por capricho de la entidad,

Exp. No. 008 2021 00454 01

máxime que, ellos tienen una disposición específica, generándose una rentabilidad superior a la que se hubiere generado en el RPM, luego entonces, ordenar su devolución genera un enriquecimiento injustificado a favor de Colpensiones, pues este concepto y el porcentaje de seguros previsionales no son un factor que financie la pensión de vejez, resultando incompatible con la orden de indexación; por otro lado, al ser obligaciones de tracto sucesivo, al no reclamarse dentro de los tres años, se encuentran prescritos; los rubros que se ordenan retornar al RPM no se encuentran en cabeza de dicho fondo y al no fijarse en el litigio la devolución de dineros en cabeza de terceros no es viable fulminar dicha condena.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
- ii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iii) Procede la declaratoria de la excepción de prescripción.

II. CONSIDERACIONES

Exp. No. 008 2021 00454 01

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al momento de sustentar su respectivo recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a

Exp. No. 008 2021 00454 01

garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, los mismos son excluyentes entre sí, lo cual genera un enriquecimiento sin causa a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Exp. No. 008 2021 00454 01

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, se modificará la sentencia de primera instancia, aclarando que la indexación procede únicamente

Exp. No. 008 2021 00454 01

respecto de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima.

Finalmente, en este punto, deberá indicarse al apoderado de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que no se comparte su exposición, en lo tocante a que, al no haberse reclamado en forma expresa la devolución de aportes pensionales y rendimientos, el juez no puede ordenar el reintegro de dichos conceptos al RPM, pues, debe recordarse que, al declararse la ineficacia, ello genera como consecuencia lógica la devolución de los dineros sufragados por el afiliado durante el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, sin que tenga que estar relacionados en forma individual los mismos en el introductorio, pues, tal y como se dijo en líneas precedentes, lo contrario, sería desconocer o emitir una decisión parcial y en franco desconocimiento de los derechos del afiliado.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. De la prescripción.

En este punto, se deberá precisar que Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sentó su inconformidad respecto a la no declaratoria de la excepción de prescripción propuesta, sin embargo, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al

Exp. No. 008 2021 00454 01

reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

5. Condena en costas.

Acertada fue la determinación de la *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones. Al salir adelante el recurso de apelación impetrado por el fondo de pensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en esta instancia no se le condenará en costas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 22 de junio de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., a realizar el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, por todo el tiempo de permanencia del actor. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto

Exp. No. 008 2021 00454 01

con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se les concederá un plazo de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de conceder a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A. el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105012 2022 00468 01
Demandante: Héctor Ricardo López Vanegas
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, y la Administradora de Fondos
de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **Héctor Ricardo López Vanegas**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (archivo 1):

“5.1.1. Declarar la ineficacia de la vinculación del señor **HECTOR RICARDO LOPEZ VANEGAS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la A.F.P. **HORIZONTE HOY PORVENIR** para el día 14 de Febrero de 1995, por cuanto existió error de hecho que vicio el

Exp. No. 012 2022 00468 01

consentimiento del demandante y no se cumplió con el deber de información.

5.1.2. Declarar que el demandante nunca ha efectuado un traslado valido al Régimen de Ahorro individual con solidaridad.

5.1.3. Declarar que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado el señor **HECTOR RICARDO LOPEZ VANEGAS** es la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES”**

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a registrar, activar la afiliación del demandante, *ii)* a la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar los aportes, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos al RPM; *ii)* la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debe actualizar la historia laboral del actor; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 6 de diciembre de 1962.
2. Prestó sus servicios en la Fuerza Aérea entre el 1° de febrero de 1987 y el 1° de agosto de 1987, cotizando un total de 25,74 semanas.
3. Entre el 7 de abril de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social.
4. Se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir el 14 de febrero de 1995.
5. No fue asesorado e informado en forma clara, completa, veraz, oportuna y suficiente sobre su movimiento al RAIS.
6. El 23 de noviembre de 2021 solicitó ante la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones la anulación o ineficacia de la afiliación.
7. Para el 24 de noviembre y el 16 de diciembre fueron resueltos sus pedimentos de manera desfavorable.
8. Ha cotizado 1032 semanas durante su vida laboral.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

Exp. No. 012 2022 00468 01

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 14 de octubre de 2022 (archivo 2) y admitida el 10 de febrero de 2023 (archivo 3).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Dijo no constarle y no ser ciertos la totalidad de los fundamentos fácticos puestos en su consideración. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la afiliación inicial del actor se realizó con el régimen de ahorro individual con Horizonte hoy Porvenir S.A., el 14 de febrero de 1995, producto de una decisión libre e informada, después de recibir asesoría sobre las implicaciones de su decisión (archivo 7).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio del actor, el agotamiento de la vía gubernativa y la respuesta brindada al petente; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones 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, declaratoria de otras excepciones. En apretada síntesis sostuvo que, el traslado del demandante se realizó de manera libre y voluntaria, después de recibir asesoría por parte del fondo de pensiones, además, se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 8).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 28 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 17):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor HÉCTOR RICARDO LÓPEZ VANEGAS, identificado con C.C. No 6.768.097

Exp. No. 012 2022 00468 01

del régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 14 de febrero de 1995, conforme a lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor HÉCTOR RICARDO LÓPEZ VANEGAS al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HÉCTOR RICARDO LÓPEZ VANEGAS tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, 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; conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor HÉCTOR RICARDO LÓPEZ VANEGAS al régimen de ahorro individual, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, a pesar de que el actor suscribió el formulario de afiliación al fondo pensional, de manera libre y espontánea, ello no demostraba la asesoría e información brindada.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Exp. No. 012 2022 00468 01

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, solicitó se revocara el ordinal 3 de la sentencia, pues en su sentir, no se debió ordenar la devolución de los aportes pensionales y demás rubros, debidamente indexados junto con los rendimientos financieros, pues dichos conceptos resultan excluyentes entre sí, agregando en este punto que, esto generaría una doble condena, a pesar de encontrarse acreditado que la entidad realizó una excelente gestión.

Colpensiones argumentó que, al declararse la ineficacia del traslado por la falta al deber de información, se pasó por alto que para la época la aceptación del traslado se acreditaba con la suscripción del formulario de afiliación, condición que fue demostrada en el sub examine, resaltando que la obligación de una doble asesoría tan solo con la expedición del Ley 1748-2014, por lo que, se debía aplicar la norma vigente para la época del traslado, no siendo válido que se le impongan a las administradoras cargas adicionales a las contempladas en la norma jurídica. Se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, pues es ella la llamada a responder por obligaciones que tenía a cargo el fondo de pensiones. El actor se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM. Finalmente reclamó se condicione el reconocimiento de obligaciones hasta tanto la administradora traslade los aportes al RPM y se actualice la información en la base de datos.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

7. PROBLEMA JURÍDICO

- i)* ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, libre de vicios del consentimiento, supone que el traslado de régimen es válido?

Exp. No. 012 2022 00468 01

- ii)* En el año 1995, la AFP no tenía la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.
- iii)* la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iv)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- v)* se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al momento de sustentar su recurso y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que para la época en la que se efectuó el traslado del actor, no se exigía documento diferente al formulario de afiliación; en este sentido se recuerda que era Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que la administradora del RPM tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Exp. No. 012 2022 00468 01

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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”.

Exp. No. 012 2022 00468 01

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 14 de febrero de 1995, haciéndose efectiva su determinación a partir del 1° de agosto de 1994 (f°. 35 del archivo 1 y f°. 91 del archivo 7); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un

Exp. No. 012 2022 00468 01

consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «*esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante (f°. 35 del archivo 1 y f°. 91 del archivo 7), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Exp. No. 012 2022 00468 01

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Héctor Ricardo López Vanegas, (fº. 27 archivo 1), reporte de semanas cotizadas emitido por Porvenir (fº. 28 archivo 1), formulario de traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (fº. 35 del archivo 1 y fº. 91 archivo 7), certificado emitido por Asofondos (fº. 36 archivo 1, fº. 92 archivo 7), certificado de afiliación expedido por Porvenir (fº. 37 archivo 1, fº. 84 archivo 7), respuesta a solicitud de certificado CETIL (fº. 38 archivo 1), respuesta dada por el Ministerio de Defensa Nacional a solicitud de la actora (fº. 39, 45 archivo 1), certificado electrónico CETIL (fº. 42, 46 archivo 1), derecho petición incoado por la actora ante Porvenir S.A. y Colpensiones (fº. 49 y 59 archivo 1, fº. 85 archivo 7), respuesta de Porvenir y Colpensiones a solicitud incoada por el actor (fº. 53, 63 archivo 1, fº. 264-291 archivo 8), estudio pensional elaborado por la empresa D´Arias & Lozano Abogados Consultores S.A.S (fº. 66 archivo 1), historia laboral consolidada emitida por Porvenir S.A. (fº. 66 archivo 7), relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (fº. 77 archivo 7), detalle de análisis jurídico elaborado por Porvenir S.A. (fº. 95 archivo 7), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 96 archivo 7), respuesta de Superintendencia Financiera a solicitud incoada por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías Asofondos (fº. 99 archivo 7), expediente administrativo y reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fº 14-218 y 244 -250 del archivo 8); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que el demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

En síntesis, las AFPs convocadas pretendieron acreditar el cumplimiento de dicha obligación, arguyendo que, el actor había incumplido con sus obligaciones como afiliado al no auscultar sobre las consecuencias de su traslado de régimen, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo

Exp. No. 012 2022 00468 01

48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Finalmente, frente a lo alegado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 14 de febrero de 1995 (f°. 35 archivo 1 y f°. 91 archivo 7), con destino a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Exp. No. 012 2022 00468 01

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las

Exp. No. 012 2022 00468 01

prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría una doble condena a cargo de la entidad, a pesar de la gestión desplegada durante el tiempo que el actor estuvo afiliado a dicho fondo.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las

Exp. No. 012 2022 00468 01

sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, en este aspecto se modificará el ordinal tercero de la sentencia, en este sentido, es decir, ordenar la indexación únicamente de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, debiendo el fondo de pensiones discriminar los conceptos al momento de cumplirse la orden, es decir, indicarse sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Condena en costas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de la condena en costas de primera instancia, esta Sala de Decisión, debe precisar que al no ser objeto de apelación este concepto, se aprenderá su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en tal sentido, absolverá de dicha condena al ente de seguridad social citado, al no haber participado del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable, se le impondrá condena en costas. No se impondrá condena en costas a cargo del fondo privado, pues, sus argumentos prosperaron de manera parcial en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de Héctor

Exp. No. 012 2022 00468 01

Ricardo López Vanegas por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actora en el RAIS.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- REVOCAR parcialmente el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las costas impuestas.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO. Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

Exp. No. 012 2022 00468 01



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Demandante: Héctor Ricardo López Vanegas. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105014 2021 00484 01
Demandante: Eida Raquel Angarita Hernández
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, y Colfondos S.A. Pensiones y
Cesantías.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la abogada Lyda Bibiana Gil Herrera, identificada con C.C. n°. 31.434.957 de Cartago – Valle y portadora de la TP n°. 373.527 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme al mandato allegado en esta instancia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Eida Raquel Angarita Hernández, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de

Exp. No. 014 2021 00484 01

Pensiones - Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 1 del archivo 2):

“1. Que se **DECLARE LA INEFICACIA** de la afiliación de la señora **EIDA RAQUEL ANGARITA HERNANDEZ** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, efectuada mediante formulario de fecha 10 de junio de 1994.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a la señora **EIDA RAQUEL ANGARITA HERNANDEZ**, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

3. Que se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir como afiliado, sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la señora **EIDA RAQUEL ANGARITA HERNANDEZ**.

4. Lo que ultra y extra petita el señor Juez considere.”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 23 de mayo de 1963.
2. Prestó sus servicios en el Hospital Militar Central entre el 1º de agosto de 1989 y el 31 de marzo de 1994.
3. Realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de agosto de 1980 al 1 de abril de 1994.
4. Fue trasladada al RAIS el 10 de junio de 1994 a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sin recibir información clara, que le permitiera comprender las condiciones y riesgos de su determinación.
5. A la fecha de presentación de la demanda no se le ha reconocido la pensión.
6. El 2 y 14 de diciembre de 2020 solicitó su regreso al RPM, pero tal pedimento fue despachado de manera desfavorable por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.
7. La mesada pensional a reconocer entre uno y otro régimen son totalmente disímiles.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 20 de abril de 2021 (archivo 5) y admitida el 30 de noviembre de 2021 (archivo 6).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la actora ejerció su derecho de libre escogencia, para trasladarse al RAIS, después de haber recibido una asesoría integral y completa respecto a las implicaciones de tal determinación, sin que mediara vicio del consentimiento alguno, sin que se le vulnerara en manera alguna el derecho pensional, pues en dicho fondo puede obtener el reconocimiento de dicha prestación (archivo 8).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (fº. 273, archivo 9).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, el 2 de junio de 2023, dispuso la concentración de los procesos, para proferir sentencia de primera instancia, dentro de los procesos radicados 2021-00086 adelantado por Elsa Castro Peña; 2021-00370 de Miryam Lucia Urrego Ospina; 2021-00484 de Eida Raquel Angarita Hernández y 2021-00491 de Ana Ángel Prieto, instaurados contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., poniendo fin a la primera instancia, de la siguiente manera (archivo 21):

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron las demandantes, señoras Elsa Marina Castro Peña proceso 86 de 2021, Miryam Lucia Urrea Ospina, proceso 370 de 2021, Eida Raquel Angarita Hernández, proceso 484 de 2021 y Ana Yolanda Ángel Prieto, proceso 491 de 2021, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA. Señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtieron esos traslados y por tanto siempre estuvieron afiliadas las demandantes al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a AFP **COLFONDOS S.A.**, donde se encuentran vinculadas actualmente cada una de las demandantes a trasladar a Colpensiones, el saldo total de sus cuentas de ahorro individual, incluido rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales deben retornarse de manera indexada hacia Colpensiones.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas en cada proceso por el extremo pasivo.

CUARTO. CONDENAR en costas de la acción en cada juicio una de las demandas a las demandadas, Colfondos y Colpensiones.”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, la AFP no le había suministrado información relevante a la actora al momento de la migración, con el fin de que adoptara una decisión informada, asumiendo con la suscripción del formulario una conducta omisiva, que hace procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Exp. No. 014 2021 00484 01

Inconformes con la decisión del *A quo*, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpusieron el recurso de apelación, así:

Colfondos S.A. reclama la revocatoria de la condena referente a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, pues, la entidad administró en forma idónea la cuenta de la actora, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, generándose a favor de la afiliada unos rendimientos y por otro lado, arguye que, una parte de los rubros fueron destinados a pagar, contingencias a una aseguradora, no encontrándose dentro del patrimonio de la entidad estos porcentajes, deviniendo ello en un perjuicio económico para el fondo pensional. Además, el actuar de la entidad siempre ha estado revertida de buena fe.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia, al no haberse tenido en cuenta que la entidad es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre la actora y la AFP, por lo que, no puede verse beneficiada ni perjudicada con la decisión adoptada; el retorno de la demandante afecta el sistema financiero, dado el impacto pensional que se ha generado con este tipo de procesos. Agregó que, la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en caso de que se confirme la decisión solicita se paguen perjuicios que se generan a la entidad.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos aludidos en su respectiva apelación, además, indicó que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, al no existir vicios del consentimiento, garantizando a la actora la información necesaria y suficiente para haber escogido el RAIS.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
- ii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iii) ¿Es viable el reconocimiento de perjuicios pretendidos por Colpensiones en el recurso de alzada?
- iv) ¿Procede la condena en costa a cargo de Colpensiones?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1, De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no

Exp. No. 014 2021 00484 01

solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Y con respecto a lo señalado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo

Exp. No. 014 2021 00484 01

no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 10 de junio de 1994 (f°. 114 del archivo 2), con destino a la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, estos descuentos se encuentran autorizados legalmente y con ellos se cubrió el pago de unos seguros a favor de la actora.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues,

Exp. No. 014 2021 00484 01

como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la

Exp. No. 014 2021 00484 01

presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Del reconocimiento de perjuicios.

Colpensiones reclama en la alzada el reconocimiento de perjuicios que se causaron a la entidad, con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado al RAIS, sin embargo, de las piezas procesales adosadas al expediente, no se vislumbra que el ente de seguridad social hubiese formulado demanda de reconvención, reclamando este aspecto, tornándose tal situación en un hecho nuevo, por lo que, incluirla dentro de la controversia constituiría una transgresión del principio de congruencia, que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo, de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido alegadas si la ley así lo exige (artículo 281 del CGP), vulnerándose de esta manera el derecho de defensa del demandado y sin que dicha falencia pueda ser suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque, para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deban ser discutidos y probados dentro del proceso (sentencia SL3443 de 2021, SL440 de 2021 y SL2172 de 2022). Por lo precedente no hay lugar a realizar un estudio a profundidad sobre los perjuicios reclamados.

5. De la condena en costas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de la condena en costas de primera instancia, esta Sala de Decisión, debe precisar que al no ser objeto de apelación este concepto, se aprenderá su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en tal sentido, absolverá de dicha condena al ente de seguridad social citado, al no haber participado del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable, se le impondrá condena en costas. Al no prosperar el recurso de alzada impetrado por

Exp. No. 014 2021 00484 01

Colfondos Pensiones y Cesantías, se fulminará condena en costas por este concepto.

Finalmente, se advertirá que se modificará el ordinal segundo de la sentencia objeto de reproche, **únicamente** respecto a la decisión adoptada a favor de la señora Eida Raquel Angarita Hernández, ello por cuanto, en audiencia pública celebrada el 2 de junio de 2023, la juez de conocimiento, concentró los procesos, 2021-00086, 2021-00370, 2021-00491, para proferir la sentencia de primera instancia, por lo que, cada trámite y las decisiones de los recursos impetrados surten efectos jurídicos de manera independiente.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 2 de junio de 2023, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de Eida Raquel Angarita Hernández por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., el término de 30 días

Exp. No. 014 2021 00484 01

contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto de la sentencia, en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105023 2022 00486 01
Demandante: Nidia Clemencia Rodríguez Díaz
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones y la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Nidia Clemencia Rodríguez Díaz**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 1 del archivo 1):

“1. Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional de la Señora NIDIA CLEMENCIA RODRIGUEZ DIAZ, efectuado el día 01 de enero de 1998, desde el régimen de prima media con prestación definida con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Exp. No. 023 2022 00486 01

2. Se declare la ineficacia de la afiliación de la Señora NIDIA CLEMENCIA RODRIGUEZ DÍAZ en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en la administradora pensional SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., llevada a cabo el día 01 de enero de 1998.

3. Que, como consecuencia jurídica de dichas pretensiones declaratorias y una vez decretadas la ineficacia del traslado de régimen pensional y la afiliación en el régimen de ahorro individual con solidaridad de la Señora NIDIA CLEMENCIA RODRÍGUEZ DIAZ, se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes realizados por mi representada junto con sus respectivos rendimientos financieros, los cuales están contenidos en su cuenta de ahorro individual, sin que se haga descuento alguno por concepto de cuotas de administración del fondo.”

En consecuencia, solicita se condene a *i)* la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir los aportes realizados por la demandante al régimen de prima media con prestación definida, *iii)* ultra y extra petita *iv)* costas y agencias.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 29 de junio de 1966
2. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 8 de junio de 1990.
3. El 13 de noviembre de 1997 fue abordada por promotores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quienes la invitaron a realizar el traslado de régimen.
4. No la capacitaron sobre los beneficios y perjuicios de dicho movimiento.
5. Durante el tiempo que ha permanecido afiliada al RAIS no ha recibido asesoría alguna.
6. A 30 de septiembre de 2022 ha cotizado 1156 semanas al fondo privado y junto a las cotizadas al régimen de prima media, resultan suficientes para el reconocimiento pensional.
7. El 13 de junio de 2022 solicitó la declaratoria de ineficacia ante las demandadas, pero tales pedimentos fueron desatados de manera desfavorable.

Exp. No. 023 2022 00486 01

8. A la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 47 años de edad y por ello, no pudo retornar al RPM.
9. La mesada pensional entre uno y otro régimen son distantes.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 3 de noviembre de 2022 (archivo 2) y admitir el libelo introductorio con proveído del 9 de diciembre de 2022 (archivo 3).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, así como su inicial vinculación al ISS y la reclamación administrativa presentada ante la entidad y su respuesta desfavorable; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones 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, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. Soporte de su oposición se centra en que, el movimiento al régimen privado se efectuó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia, además, se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, agregando que el retorno de la actora afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y una descapitalización del fondo común (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda.

Exp. No. 023 2022 00486 01

Aceptó como cierta la afiliación a dicha entidad, de los restantes fundamentos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la determinación de pertenecer al régimen de ahorro individual fue libre y consciente, como persona adulta, previo a suministrársele la debida información y garantizarle el derecho de retracto (archivo 10).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 24 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 16):

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o el traslado realizado por la señora NIDIA CLEMENCIA RODRIGUEZ DÍAZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la AFP PORVENIR S.A., conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Siguiendo la línea jurisprudencial, sentencia SL2177 de 2022, se ordena la devolución de gastos administración, primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a recursos propios.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a NIDIA CLEMENCIA RODRIGUEZ DIAZ, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., quien fue la que suscitó la ineficacia que estamos hoy declarando.

SEXTO: ORDENA la CONSULTA de la presente sentencia.”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, la AFP no demostró que hubiera suministrado información necesaria y relevante para que la

Exp. No. 023 2022 00486 01

actora tomara la decisión informada para advertir las consecuencias de su determinación, respecto al interrogatorio de parte, no se puede concluir que exista una confesión que tenga consecuencias adversas a la declarante.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Porvenir, reclama la revocatoria respecto a la orden de indexación impartida, al estimar que, mientras la demandante estuvo afiliada a la entidad, se generaron rendimientos considerables a su favor, debido a la buena gestión de esta, agregando en este punto, que se suscribieron contratos con aseguradoras, resultando incompatible la orden de actualización con la devolución de los rendimientos financieros.

Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia, al considerar que, el traslado de la actora es totalmente válido, pues, conforme a lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte, se podía constatar que ella era consciente de su decisión, y que tal movimiento, fue realizado de manera libre y voluntaria, previo a recibir una debida asesoría por parte del promotor de la entidad, correspondiéndole a la afiliada desvirtuar la buena fe de la AFP, sin que se adviertan o acrediten vicios del consentimiento a la hora de suscribir el formulario de traslado, por otro lado arguye que, para la fecha en que se presentó la demanda, la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Exp. No. 023 2022 00486 01

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i)* ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, libre de vicios del consentimiento, supone que el traslado de régimen es válido?
- ii)* En el año 1997, la AFP no tenía la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.
- iii)* la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iv)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? En caso afirmativo ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar los recursos y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que con la suscripción del formulario de afiliación se acredita la voluntad de trasladarse de régimen; en este sentido se recuerda que era la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual

Exp. No. 023 2022 00486 01

pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “*REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones*”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de

Exp. No. 023 2022 00486 01

suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 13 de noviembre de 1997 (fº. 34 del archivo 1 y fº. 80 del archivo 10) a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Exp. No. 023 2022 00486 01

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 34 del archivo 1 y fº. 80 del archivo 10), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS

Exp. No. 023 2022 00486 01

PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Nidia Clemencia Rodríguez Díaz (fº. 18 archivo 1), reporte de semanas cotizadas y de afiliación emitidos por Colpensiones (fº. 19, 26 archivo 1), historia laboral consolidada emitida por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (fº. 27 archivo 1, fº. 81 archivo 10), formulario de traslado a Porvenir S.A. (fº. 34 del archivo 1 y fº. 80 del archivo 10), certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A. (fº. 35 archivo 1, fº. 102 archivo 10), petición incoada ante Porvenir y su correspondiente respuesta (fº. 36, 38, 49 archivo 1, fº 103 archivo 10), reclamación realizada ante Colpensiones (fº. 40, 46 archivo 1), simulación pensional efectuada por la AFP (fº 53 archivo 1), certificado RUAF (fº. 20 archivo 7), certificado SIAFP de Asofondos (fº: 76 archivo 10), relación histórica de movimiento en Porvenir S.A. (fº. 87 archivo 10), análisis jurídico elaborado por Porvenir S.A. (fº. 109 archivo 10), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 110 archivo 10), respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia a derecho de petición incoado por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Asofondos (fº: 113 archivo 10), expediente administrativo expedido por Colpensiones (archivo 16); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Nidia Clemencia Rodríguez Díaz, de profesión contadora, actualmente, se desempeña como comerciante, no recibe ninguna pensión. En lo tocante al traslado de régimen, expuso que, en noviembre de 1997 fueron los asesores de Porvenir, a la institución donde trabajaba y allí le dijeron a

Exp. No. 023 2022 00486 01

ella y a sus compañeros que el Seguro Social se iba a acabar y que al trasladarse al fondo privado les iba a dar una mejor pensión, pudiendo reclamar el bono pensional de manera anticipada, concretándose en ello, la información suministrada, siendo ello el motivo para realizar la migración. No le hablaron de aportes voluntarios, rendimientos financieros, características, ventajas o desventajas del sistema, o la forma en cómo se liquidaría la mesada pensional en el fondo pensional, ni mucho menos que tenía la posibilidad de retornar al RPM o su derecho de retracto, así como tampoco, le informaron que ocurriría con sus aportes, en caso de que falleciera, siendo enfática en señalar que recibe los extractos de su cuenta de ahorro individual, pero hace como 3 o 4 años, limitando su visualización respecto a ellos, únicamente respecto al valor ahorrado. Agregó que, un año antes de instaurar la demanda, se acercó a las oficinas de Porvenir, con el fin de saber a cuánto ascendería el monto de su mesada pensional, y quedó sorprendida, pues, esta correspondería a un salario mínimo, a pesar de realizar aportes con un ingreso alto, y al asesorarse con el abogado, la mesada pensional, resulta superior en el RPM, siendo este otro motivo para retornar al RPM.

En síntesis, la AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con el formulario de afiliación y la información suministrada por el asesor del fondo de pensiones, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el

Exp. No. 023 2022 00486 01

medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por

Exp. No. 023 2022 00486 01

recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y tampoco pueden ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, pues, por un lado, dichos rubros ya no se encuentran en su poder y por otro, que, esto genera un enriquecimiento sin justa causa.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues

Exp. No. 023 2022 00486 01

desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo

Exp. No. 023 2022 00486 01

concedido. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Condena en costas.

Se condenará en costas en esta instancia a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Exp. No. 023 2022 00486 01

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105009 2021 00567 01
Demandante: Martha Stella Sarmiento Barbosa
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y
Cesantías y la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Martha Stella Sarmiento Barbosa**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S..A. Pensiones y Cesantías, con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 1 del archivo 1):

“1. Se DECLARE la ineficacia y por ende la inexistencia de cualquier efecto legal del traslado de régimen pensional de la señora MARTHA STELLA SARMIENTO BARBOSA, surtido mediante afiliación a las administradoras de fondos de pensiones privadas HORIZONTE S.A. (hoy AFP PORVENIR

Exp. No. 009 2021 00567 01

S.A.) y AFP COLFONDOS S.A. por el incumplimiento del deber de información y transparencia por parte de éstas.

2. Se DECLARE que para todos los efectos legales la señora MARTHA STELLA SARMIENTO BARBOSA nunca se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, y, por tanto, siempre permaneció en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA actualmente administrado por COLPENSIONES.”

En consecuencia, solicita se condene a *i)* Colfondos S.A Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar al RPM el capital ahorrado, rendimientos y bonos pensionales si existen, así como los gastos de administración y comisiones debidamente indexados *ii)* a Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones debidamente indexados, *iii)* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a hacer efectiva la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral, *iii)* costas y agencias.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 3 de febrero de 1963.
2. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales en abril de 1988.
3. En octubre de 1996 se vinculó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., sin ser consciente de tal determinación.
4. En agosto de 1999 migró a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, donde permanece inscrita en la actualidad.
5. No le fueron informados de manera clara y oportuna los beneficios y consecuencias del traslado de régimen y posterior movimiento horizontal.
6. El 20 de octubre de 2021 solicitó su retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pero tal pedimento fue resuelto de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos

Exp. No. 009 2021 00567 01

Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 19 de noviembre de 2021 (fº. 171 archivo 1) y admitir el libelo introductorio con proveído del 6 de mayo de 2022 (archivo 3).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el movimiento realizado a dicha entidad en el año 1995 fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones o engaños, después de suministrarse amplia información sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, garantizándole el derecho de retracto, sin que se acrediten vicios del consentimiento, y sin perjuicio de las exposiciones realizadas, la actora se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 4).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, así como la petición presentada ante dicha entidad y su respectiva resolución desfavorable, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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.

Soporte de su oposición se centra en que, brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones que tenía el traslado de régimen y posteriormente suscribió de su puño y letra el formulario de traslado, demostrándose con ello que no existe ningún vicio del consentimiento, ratificándose su voluntad de permanencia en la entidad al permanecer por espacio superior a los 20 años (archivo 5).

Exp. No. 009 2021 00567 01

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, así como su afiliación inicial a dicha entidad, así como la presentación de reclamación administrativa y su respuesta desfavorable; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373-2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada. Su resistencia al éxito del *petitum* de la demanda se concentra en que, el traslado de la afiliada, se realizó de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho de libre escogencia, sin que se acredite de la prueba documental acopiada, vicios del consentimiento que invaliden su traslado, sin embargo, si se evidencia negligencia por parte de la reclamante al no consultar sobre su situación pensional a pesar de las obligaciones que tiene como consumidora financiera (archivo 6).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 18 de abril de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 14):

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Martha Stella Sarmiento Barbosa, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Colpatria - hoy Porvenir S.A., el 20 de septiembre de 1995.

Exp. No. 009 2021 00567 01

SEGUNDO. CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar 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, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir y Colfondos S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Para llegar a dichas declaraciones, en lo que al recurso de apelación impetrado interesa, sostuvo que, la actora cotizó al Institutos de Seguros Sociales desde 1988 hasta 1995, acaeciendo el traslado en septiembre de 1995 y de allí migrar a Colfondos en 1999, sin embargo, de los formularios pre impresos allegados, el interrogatorio de parte rendido por la actora y la documental copiada al expediente, no se podía acreditar que se le había suministrado la información idónea para tomar la decisión que mejor le conviniera.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la actora no tiene derecho a que salgan avante sus pedimentos, al no

Exp. No. 009 2021 00567 01

encontrarse acreditados los fundamentos fácticos relacionados en el introductorio, afectándose con tal determinación la sostenibilidad financiera de la administradora. De acuerdo a lo expuesto por la actora en el interrogatorio de parte, se concluye que, ella incumplió su obligación de informarse, manteniéndose por un tiempo prolongado afiliada al RAIS, demostrando con ello su intención de mantenerse en dicho régimen desde 1995 a la calenda en curso; con el formulario se acredita la información suministrada a la actora, sin que sea viable exigir requisitos que no se encontraban vigentes para la época.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen que hiciera la actora en septiembre de 1995,?

ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

Exp. No. 009 2021 00567 01

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que la demandante efectuó el traslado de régimen voluntariamente, amén que, no se demostraron los argumentos esgrimidos en el libelo introductorio, quebrantándose el deber que tenía de informarse sobre la decisión que iba a adoptar y suscribiendo el formulario de afiliación, documento con el cual se acreditaba la información suministrada al afiliado; en este sentido se recuerda que era la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

Exp. No. 009 2021 00567 01

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar a la afiliada una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte de la demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido

Exp. No. 009 2021 00567 01

en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “*REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones*”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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”.

Exp. No. 009 2021 00567 01

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 21 de septiembre del año 1995 a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías Porvenir (fº. 77 archivo 4) y de allí migrar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 28 de julio de 1999 (fº. 27 archivo 1 y 100 archivo 5); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

Exp. No. 009 2021 00567 01

pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 77 archivo 4), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Exp. No. 009 2021 00567 01

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Martha Stella Sarmiento Barbosa (fº. 3 archivo 1), reclamación presentada por la actora y resolución de Colpensiones (fº. 4, 5 archivo 1), respuesta de Colfondos a petición (fº. 11 archivo 1), extracto de pensión obligatoria expedido por Colfondos (fº. 12 archivo 1), historia laboral emitida por Colfondos (fº. 19 archivo 1), formulario de traslado a Colfondos (fº. 27 archivo 1, fº. 100 archivo 5), reporte de días acreditados ante Colfondos (fº. 28 archivo 1), derecho de petición remitido a Porvenir vía correo electrónico (fº. 48 archivo 1), certificado SIAFP de Asofondos (fº: 75 archivo 4, fº. 98 archivo 5), formulario de traslado a Colpatria Pensiones y Cesantías S.A. (fº. 77 archivo 4), comunicado de prensa (fº. 78 archivo 4), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 79 archivo 4), respuesta de Superintendencia Financiera de Colombia a petición incoada por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías Asofondos (fº. 81 archivo 4), relación de aportes realizados a Porvenir (fº. 88 archivo 4), historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (fº. 89 archivo 4), certificado de afiliación en Porvenir S.A. (fº. 92 archivo 4), reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (fº. 48 archivo 6), expediente administrativo de la afiliada en Colpensiones (archivo 7); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Juan David Guarín, representante legal de Porvenir S.A., afirmó que el único documento en el que se dejaba constancia de la información suministrada corresponde al formulario de afiliación, no siendo obligatorio realizar una proyección pensional a la posible afiliada, para dicha época.

Ceibol Julieth Acuña, como representante legal de Colfondos, expuso que, la entidad capacita a los asesores, en el régimen de prima media y régimen

Exp. No. 009 2021 00567 01

de ahorro individual, con el fin de brindar la información a los posibles afiliados, sin embargo, para el año 1999 solamente cuentan con el formulario de traslado, siendo el único documento que se exigía en dicha calenda y tampoco cuenta con soporte alguno sobre la realización de una proyección pensional.

Martha Stella Sarmiento Barbosa, es auxiliar de enfermería, recuerda que, en la época del traslado, llegaron los asesores a su trabajo, los reunieron en un salón, por espacio de 15 minutos, donde les informaron que su migración sería benéfico, pues se podría pensionar más rápido, que la pensión iba a ser mejor y que el seguro iba a desaparecer y de acuerdo a la exposición realizada, fue que optó por suscribir el documento, el cual, recordó, solo contenía o se registraban datos básicos; no hablaron que se abriría una cuenta a su nombre, ni del bono pensional, ni qué pasaría con los aportes en caso de que ella falleciera, sin embargo, al requerirse nombre de beneficiarios registró los nombres de sus hijos, aunque no recuerda si le hablaron que pasaría con los aportes realizados en el RPM. El motivo para retornar a Colpensiones radica en que, ha trabajado y sostenido su hogar, durante muchos años, por lo que, considera que, no merece una pensión de vejez equivalente a un salario mínimo, por tanto, el bienestar que le prometieron quiere lucharlo y tenerlo como se lo dijeron. Agregó que, su traslado a Colfondos se dio en 1999, cuando uno de sus compañeros los invitó a trasladarse a dicho fondo, enviándolos con asesores de dicha entidad, que se encontraban ubicados en el teatro que queda en su sitio de trabajo, allí le informaron que se podía pensionar pronto, apuntando a mejorar su calidad de vida, cuando estuviera pensionada, pero no le hablaron de rendimientos, de aportes voluntarios, ni la posibilidad de retractarse de su decisión. Respecto a la firma del formulario, expuso que, lo había hecho sin presión y de acuerdo a los beneficios que le habían puesto en contexto, pero no le hablaron de las ventajas y desventajas que traería la decisión de cambiar de régimen pensional.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la suscripción, por parte de la actora, del formulario de afiliación pre

Exp. No. 009 2021 00567 01

impreso y el tiempo de permanencia en el RAIS. Si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario aportado, pues, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales en el expediente, todas ellas son posteriores al acto de traslado y tampoco de la declaración rendida por el demandante, quien fue reiterativa en señalar que, el asesor comercial se limitó a informarle que, se podría pensionar antes que, en el Seguro Social, siendo enfática en señalar que, no le suministraron otra información relevante para adoptar tal determinación. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad

Exp. No. 009 2021 00567 01

financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará este punto de la sentencia en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada,

Exp. No. 009 2021 00567 01

fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

3. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Condena en costas

Acertada fue la determinación de la *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones. Pese a lo anterior y dado el resultado desfavorable del recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas de esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, del 18 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías para que en el término de 30 días pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Exp. No. 009 2021 00567 01

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105035 2023 00005 01
Demandante: Gladys Aleida Porras Mora
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, Colfondos Pensiones y
Cesantías S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al abogado Keider Jiménez Castro, identificado con C.C. n°. 9.297.498 de Turbaco y portador de la TP. N°. 328.510 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad al mandato allegado en esta instancia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Exp. No. 035 2023 00005 01

La señora, **Gladys Aleida Porras Mora**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (archivo 2):

- “1. Declarar la **INEFICACIA** de la afiliación, por medio de la cual se trasladó la señora GLADYS ALEIDA PORRAS MORA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que Administra la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra el Fondo de Pensiones y Cesantías **COLFONDOS S.A.**, atendiendo a la **FALTA EN EL DEBER DE INFORMACIÓN**.
2. Declarar para todos los efectos legales, que la señora **GLADYS ALEIDA PORRAS MORA**, nunca estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra el Fondo de Pensiones y Cesantías **COLFONDOS S.A.**
3. Como consecuencia de la declaratoria de **INEFICACIA** de la afiliación de la señora GLADYS ALEIDA PORRAS MORA, al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad que administra el Fondo de Pensiones y Cesantías **COLFONDOS S.A.**, se declare que debe quedar inscrita en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES**”.

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a aceptar e inscribir a la actora en dicha entidad, *ii)* a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 11 de febrero de 1966.
2. Entre el 26 de marzo de 1985 y el 31 de enero de 2001 realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida.
3. El 17 de enero de 2001 suscribió formulario de vinculación a la AFP Colfondos S.A.
4. Al 30 de noviembre de 2022 había cotizado 1676 semanas.
5. No fue informada sobre los efectos jurídicos que acarrea la decisión.

Exp. No. 035 2023 00005 01

6. La mesada pensional a reconocer entre uno y otro régimen son totalmente disímiles.

7. Radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP solicitudes de ineficacia, pero fueron resueltas de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 11 de enero de 2023 (archivo 1) y admitida el 25 de enero de 2023 (archivo 3).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó como cierto su traslado y permanencia en el fondo, así como el monto de la mesada que le sería reconocida en dicha entidad, de los demás, dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la actora ejerció su derecho de libre escogencia, para trasladarse al RAIS, después de haber recibido una asesoría integral y completa respecto a las implicaciones de tal determinación, sin que mediara vicio del consentimiento alguno, sin que se le vulnerara en manera alguna el derecho pensional, pues en dicho fondo puede obtener el reconocimiento de dicha prestación (archivo 7).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para

Exp. No. 035 2023 00005 01

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 genérica (archivo 8).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y CINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 23 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 12):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 17 de enero de 2001, efectiva desde el 01 de marzo de 2001, por **GLADYS ALEIDA PORRAS MORA**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**. a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **GLADYS ALEIDA PORRAS MORA**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

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

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, la SOCIEDAD **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**; liquídense por secretaría incluyendo la suma de **1.000.000** por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

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

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Exp. No. 035 2023 00005 01

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Colpensiones, sentó su inconformidad respecto a las condenas impuestas contra la entidad, al considerar que el traslado es válido al no existir vicios del consentimiento para declarar la ineficacia del traslado, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo al interrogatorio de parte y prueba documental se podía acreditar que el movimiento fue realizado de manera libre y voluntaria, pero sobre todo informado por parte del asesor. Por otro lado, señaló que, la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, debiendo revocarse la sentencia.

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., solicitó se revocara la condena impuesta, respecto a las sumas adicionales, tales como los gastos de administración, ya que estos emolumentos fueron utilizados para la gestión de la cuenta de la actora, así mismo, respecto a los seguros previsionales, precisó que habían sido utilizados al suscribir una póliza con una aseguradora, de acuerdo a los deberes impuestos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, luego entonces, se le causaría un perjuicio económico a la entidad, al ordenarse la devolución de los emolumentos obrantes en la cuenta de ahorro individual, tales como las cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, entendiéndose que también los rendimientos generados durante el interregno de tiempo que estuvo afiliada la demandante, desconociendo la gestión desplegada por el fondo, pero sí causando detrimento a su patrimonio.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones reitera lo expuesto en su apelación.

7.PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.
- ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., al momento de sustentar su respectivo recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. El vicio del consentimiento no es un presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Sostiene la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que la parte demandante no probó que existiera algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse el traslado de régimen. Conclusión que no le asiste razón a la entidad recurrente, por las siguientes razones:

Exp. No. 035 2023 00005 01

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte de la demandante de que tal obligación fue omitida, configura la

Exp. No. 035 2023 00005 01

existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

Colpensiones afirma en el recurso de alzada que acuerdo al interrogatorio de parte y prueba documental se podía acreditar que el movimiento fue realizado de manera libre y voluntaria, pero sobre todo informado por parte del asesor.

Es por ello, que resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 que, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

Exp. No. 035 2023 00005 01

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de enero de 2001 (fº. 115 archivo 2); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Exp. No. 035 2023 00005 01

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 35 archivo 4), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS .A.

Exp. No. 035 2023 00005 01

COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Gladys Aleida Porras Mora (fº. 86 archivo 2), certificación electrónica de tiempos laborados CETIL (fº. 87 archivo 2), reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (fº. 90 archivo 2, fº. 42 archivo 8), respuesta de Colfondos a petición incoada por la actora (fº. 97 archivo 2, fº. 23 archivo 7), resumen de historia laboral de Colfondos (fº. 101 archivo 2), extracto de pensión obligatoria de Colfondos (fº. 109 archivo 2), certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (fº. 112 archivo 2, fº. 49 archivo 7), formulario de traslado a Colfondos (fº. 115 archivo 2, fº. 27 archivo 7), reporte de días acreditados por Colfondos (fº. 116 archivo 2, fº 28 archivo 7), petición incoada ante Colfondos y Colpensiones (fº. 138, 143 archivo 2), historial de vinculaciones de la actora expedido por Asofondos (fº. 22 archivo 7), comunicado de prensa (fº. 53 archivo 7), copia del expediente administrativo expedido por Colpensiones (fº. 49 - 525 archivo 8); no permiten colegir que Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Gladys Aleida Porras Mora, informó que su traslado al RAIS se dio para el año 2001, cuando el área administrativa de la institución educativa donde prestaba sus servicios, le indicaron que se iba a acercar un asesor de Colfondos para suministrar información respecto a las pensiones, ella y dos compañeras más se acercaron al stand, donde les hicieron la invitación que se cambiaran de fondo, y como para dicha época, según su dicho, solo estaba el Seguro Social, tanto en salud como

Exp. No. 035 2023 00005 01

en pensión y debido a los problemas en la prestación del servicio de salud, le interesó el tema. La promotora les comentó que les iba a ir mejor con ellos, que tendría mayores garantías, se podría pensionar antes, sin hablarle que pasaría con el tiempo cotizado al RPM, ni que su mesada pensional dependería del capital acumulado, ni otra información adicional. La asesora llevaba un formulario, el cual iba diligenciado con sus nombres e información personal y en su buena fe, creyó que, al llegar este momento, tendría unas mejores condiciones para pensionarse y por eso lo rubricó sin ningún tipo de presión. No se acercó al extinto Instituto de Seguros Sociales, porque confió en lo expuesto por la asesora. Hace dos años aproximadamente le llegan extractos de su cuenta individual. Cuando sus compañeras se empezaron a pensionar con el salario mínimo legal, se preocupó por su situación pensional y empezó a averiguar sobre el tema, llamó al fondo de pensiones, le comentó su situación a la empleada de la entidad y ella le informó que, la mesada correspondería a un salario mínimo legal mensual vigente y si era su deseo, podía demandar, dándose cuenta en ese momento, del engaño que había sufrido y por ello, procedió a buscar asesoría legal, donde le informan que, su mesada en uno y otro régimen era totalmente disímil, siendo estos los motivos por los cuales desea retornar al RPM, además, porque considera que su mesada debe responder al tiempo laborado y el salario cotizado durante toda su vida laboral.

De la respuesta brindada por Gladys Aleida Porras Mora, no se puede establecer que, hay confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por la declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, destacando que, no se pusieron en su conocimiento, aspectos relevantes para que tomara la decisión informada de trasladarse, sin que se le pueda restar responsabilidad al fondo de pensiones de haber suministrado para el año 2001 la información idónea para que ella se trasladara.

Exp. No. 035 2023 00005 01

En síntesis, la AFP convocada pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que aquella, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Finalmente, frente a lo alegado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 17 de enero de 2001 (f°. 115 archivo 2, f°. 27 archivo 7), con destino a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

Exp. No. 035 2023 00005 01

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad Financiera del Sistema.

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, con las consecuencias propias de la ineficacia acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera

Exp. No. 035 2023 00005 01

presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que se hubiera ordenado la devolución de sumas adicionales, tales como gastos de administración, seguros previsionales y rendimientos financieros, desconociéndose la gestión desplegada por el fondo durante el tiempo que ella estuvo afiliada en dicho fondo.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales

Exp. No. 035 2023 00005 01

debidamente indexada (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023)

En virtud de lo anterior, y después de hacer un estudio de la parte motiva de la sentencia objeto de reproche, la misma no resulta clara, respecto a los conceptos objeto de devolución al RPM, por lo tanto, en esta instancia, se condenará a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

Aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se

Exp. No. 035 2023 00005 01

hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

5. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

7. De las costas

Exp. No. 035 2023 00005 01

Como quiera que los recursos impetrados, tanto por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos pensiones y Cesantías S.A., no salieron avante, se impondrán condena en costas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 23 de junio de 2023, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **condenar** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por la A quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de conceder a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 035 2023 00005 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105001 2021 00119 01
Demandante: Constanza Escobar de Nogales
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones, la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Protección
S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos
de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Constanza Escobar de Nogales**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 1 del archivo 1):

Exp. No. 001 2021 00119 01

PRIMERA. Declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el mes enero de 2001 y, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos.

SUBSIDIARIA A LA PRIMERA: Se declare la nulidad del traslado de la señora CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada en enero de 2011 a través de la AFP HORIZONTE hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDA: Se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones como entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es la competente para recibir la afiliación y los aportes a aportes a pensión de la señora CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES.

TERCERA: Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar a la señora CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CUARTA: Se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los aportes realizados por la señora CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como los rendimientos y demás sumas causadas a favor de la demandante durante su afiliación al RAIS.

QUINTA. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la señora CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEXTA: Que se profiera las condenas extra y ultra petita que el señor Juez considere pertinentes.

SÉPTIMA: Que se condene a la Entidad demandada al pago de las costas del proceso.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 3 de noviembre de 1969.
2. Se afilió al sistema general de pensiones en marzo de 1994 con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, cotizando a CAJANAL.

Exp. No. 001 2021 00119 01

3. En enero de 2001 se trasladó a la AFP Horizonte hoy Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
4. No fue asesorada e informada por la AFP de manera clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente sobre las implicaciones de su traslado de régimen.
5. Para mayo de 2002 migra a la AFP Protección.
6. A la fecha de presentación de la demanda la actora cuenta con 911 semanas de cotización
7. La mesada pensional en uno y otro régimen resultan totalmente disímiles.
8. El 9 de septiembre de 2020 solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.
9. Ante los fondos privados reclamó su retorno al RPM.
10. Las solicitudes fueron resueltas de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 9 de marzo de 2021 (archivo 5) y admitir el libelo introductorio con proveído del 22 de noviembre de 2021 (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el movimiento realizado a dicha entidad en el año 2001 fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones o engaños, después de suministrarse amplia información sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, garantizándole el derecho de retracto, sin que se acrediten vicios del consentimiento, y sin perjuicio de las exposiciones realizadas, la actora se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 10).

Exp. No. 001 2021 00119 01

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica. Su resistencia al éxito del *petitum* de la demanda se concentra en que, el traslado se hizo con la voluntad de la actora, además, que, para la fecha en que solicitó se declarara ineficaz su traslado al RAIS, ya se encontraba inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, resultando inverosímil que se evidenciaran irregularidades en dicho trámite después de permanecer por más de 20 años afiliada al fondo de pensiones (archivo 11).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., respecto a las peticiones dirigidas en su contra, manifestó su oposición; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, su traslado al RAIS y la densidad de semanas cotizadas a la fecha de presentación de la demanda, su solicitud de retorno al RPM y la respuesta desfavorable, de los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión y la prima del seguro previsional. Como fundamento de su defensa sostuvo que, no hay una causal legal para trasladar al RPM el capital obrante en la cuenta de ahorro individual de la actora, teniendo en cuenta que no existe vicio del consentimiento a la hora de suscribir el formulario de traslado a dicha AFP (archivo 13).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Exp. No. 001 2021 00119 01

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 25 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 20):

“**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora **CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES**, identificada con C.C. No 39.782.898, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas **PORVENIR S.A, y PROTECCIÓN S.A**, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a autorizar el traslado de la demandante señora **CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES**, identificada con la C.C. No 39.782.898 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.** trasladar con destino a **COLPENSIONES** los aportes efectuados por la demandante, señora, **CONSTANZA ESCOBAR DE NOGALES**, identificada con la C.C. No 39.782.898 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado, en lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, todo lo anterior debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la misma; conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A..

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.”

El Juez de instancia sostuvo que, las AFPs omitieron en su momento obrar en consonancia con el principio de eficiencia, dando lugar a la situación desfavorable en la que se encuentra la actora actualmente.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Exp. No. 001 2021 00119 01

Inconformes con la decisión, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Porvenir S.A., enfoca la motivación de la alzada, en lo tocante a la orden de indexación, teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia SL9316-2016, además, los aportes realizados por la actora generaron rendimientos, resultando incompatible devolver estos dos conceptos.

Colpensiones, estima que con declaratoria de ineficacia se afecta el patrimonio de la entidad, pues con los ahorros trasladados no se financiaron las pensiones del RPM y tampoco alcanzarían para financiar la que deba reconocerse a favor de la misma demandante, por otro lado, argumenta, que no se puede exonerar a la afiliada de su deber de informarse frente a la decisión del cambio de régimen, al no gozar de ningún impedimento para celebrar contratos y no hacer uso del derecho de retracto y rescisión, debiendo primar el derecho general y no el particular.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
- ii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que el deber de información no puede recaer en forma exclusiva en el fondo de pensiones, pues, la actora, contaba con los medios y capacidades para comprender la información registrada al momento de realizar su traslado de régimen; en este sentido se recuerda que era la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tenía la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se

Exp. No. 001 2021 00119 01

hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido

Exp. No. 001 2021 00119 01

definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL 4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 16 de noviembre de 2002 a Horizonte hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., (fº. 99 y 100 archivo 10), realizando un traslado horizontal el 25 de abril de 2002 a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (fº. 37 archivo 13); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la

Exp. No. 001 2021 00119 01

época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 99 y 100 archivo del archivo 10), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADOR ADE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Constanza Escobar de Nogales (fº. 4 archivo 3, fº. 103 archivo 10), historia laboral expedida por Protección S.A. (fº. 5 archivo 3), petición presentada ante Colpensiones, Porvenir S.A. (fº. 15, 25 archivo 3), respuesta emitida por Colpensiones y Porvenir (fº. 29 archivo 3, fº. 123 archivo 10), estudio de situación pensional en el régimen de prima media en el régimen de ahorro individual elaborado por la empresa Estuplan Ltda. (fº. 34 archivo 3), certificado de Asofondos (fº. 96 archivo 10), formulario de traslado a Horizonte S.A. (fº. 99, 100 archivo

Exp. No. 001 2021 00119 01

10), solicitud de afiliación a pensiones voluntarias en Horizonte (fº. 101 archivo 10), certificados de ingresos y retenciones de la actora (fº. 104 archivo 10), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 106 archivo 10); respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia a petición incoada por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías ASOFONDOS (fº. 109 archivo 10), relación de aportes expedido por Porvenir (fº. 117 archivo 10), historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fº. 119 archivo 10), certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A. (fº. 126 archivo 10), expediente administrativo expedido por Colpensiones (fº. 36 archivo 11); no permiten colegir que la AFP Horizonte S.A. hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

A su turno, Constanza Escobar de Nogales, es politóloga y tiene una maestría en antropología, se afilió al régimen de prima media cuando tenía como 21 años, y cuando empezó a trabajar a RCN, en el área de recursos humanos, la afiliaron a un fondo privado, sin que se le planteara la opción de permanecer en el RPM, motivándola a retornar a Colpensiones, que en unos años cumple la edad para pensionarse y considera que no fue informada sobre los beneficios de uno u otro régimen. Le hablaron de rendimientos financieros y aportes voluntarios, pero no de su bono pensional, ni la posibilidad de retractarse de su decisión, así como tampoco, de lo que pasaría con sus aportes en caso de que falleciera, pues, la información se limitó a hablarle de la parte financiera y que eso la ayudaría con la retención en la fuente por unos años. Su traslado a Protección, se dio porque había mayor presencia de los asesores informándole de los beneficios que se tenían a corto plazo en dicha entidad, resaltando que, tendría mejor rentabilidad, pues, lo que uno ahorra aumentaba con intereses y la retención en la fuente se “perdonaba” en la medida que se ahorrara allí. Al auscultársele sobre pensiones voluntarias, indicó que, ellas eran un ahorro que se hacía y

Exp. No. 001 2021 00119 01

después de cinco años, era como guardar la retención en la fuente si no se utilizaban los recursos. Suscribió el formulario de traslado, pero no sabía ni entendía sobre el funcionamiento a los fondos.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con el deber de informarse que tenían los clientes o usuarios de los fondos de pensiones, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Exp. No. 001 2021 00119 01

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las

Exp. No. 001 2021 00119 01

prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, los mismos son excluyentes entre sí.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Exp. No. 001 2021 00119 01

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, no incurrió en ningún desacierto el juzgado de conocimiento a la hora de ordenar la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional, tal y como se hizo alusión en forma precedente.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de

Exp. No. 001 2021 00119 01

30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Condena en costas.

Dado el resultado desfavorable del recurso impetrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, se le impondrán las costas de esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 001 2021 00119 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105024 2022 00150 01
Demandante: Ceferino Velásquez Triviño
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones y la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **Ceferino Velásquez Triviño**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 2 del archivo 4):

- “1. Declarar la ineficacia de la afiliación a COLFONDOS, y como consecuencia, se conceda el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
- 2. Ordenar, como consecuencia de lo anterior, la devolución de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales aseguradas,*

Exp. No. 024 2022 00150 01

rendimientos causados, así como los frutos e interés sin descontar de las cuotas de administración, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, que actualmente administra PORVENIR, y se le traslade a COLPENSIONES.

3. Se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

4. Se condene en extra y ultra petita.”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 12 de octubre de 1956.
2. Fue vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal el 23 de marzo de 1981, por prestar sus servicios a la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca – Empocundi Ltda.
3. Después prestó sus servicios al Ministerio de Justicia y a la Rama Judicial.
4. Con la liquidación de Cajanal en 1998 se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.
5. El movimiento se realizó sin la debida información.
6. Posteriormente, migró a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y allí permanece actualmente inscrito.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 1° de abril de 2022 (fº. 120 archivo 1) y admitir el líbello introductorio con proveído del 8 de noviembre de 2022 (archivo 6).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó como cierto la afiliación a dicha entidad y su permanencia en la actualidad. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el primer

Exp. No. 024 2022 00150 01

movimiento al RAIS se efectuó a Colfondos Pensiones y Cesantías y posteriormente a dicha entidad el 10 de marzo de 2000, de manera libre e informada de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, permitiéndole comparar entre el régimen de prima media con el de ahorro individual, no procediendo la ineficacia ni la devolución de aportes y rendimientos financieros (archivo 12).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó únicamente la actual afiliación a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (archivo 13).

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A, sentó su inconformidad respecto al éxito del *petitum* de la demanda. Como medios exceptivos propuso los de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 15)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Exp. No. 024 2022 00150 01

El JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 5 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 28):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor **CEFERINO VELASQUEZ TRIVIÑO** al Régimen de Ahorro Individual a través de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA.**, la que se hizo efectiva a partir del 01 de febrero de 1995, lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **CEFERINO VELÁSQUEZ TRIVIÑO** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor **CEFERINO VELÁSQUEZ TRIVIÑO** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello significa que debe trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía en pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto de ineficacia los recursos han debido ingresar Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, lo anterior conforme a lo motivado.

CUARTO: ORDENAR a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los valores que haya deducido de los aportes a pensión efectuados por el demandante debidamente indexados por concepto de gastos de administración, conforme a lo motivado.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO. En el evento en que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no interponga recurso de apelación contra esta sentencia remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de esta entidad.

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., no había acreditado la información suministrada al demandante, pues, ni siquiera arrimó el formulario suscrito por el afiliado, se limitó a agregar el historial de vinculaciones al sistema de seguridad social en pensiones, sin otra prueba que dé cuenta de la forma en cómo se dio la afiliación de este, ya que, del interrogatorio de parte, tampoco se podía colegir una confesión, siendo procedente declarar la ineficacia del traslado.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpuso el recurso de apelación, así:

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., reclama la revocatoria de la orden de indexación de los rubros objeto de devolución al RPM, pues, los rendimientos son superiores a los que se pudieron generar en Colpensiones si la parte actora no se hubiera trasladado, quedando compensado este concepto, máxime si se tiene en cuenta que dicho rubro, junto con la diferencia causada por aportes pensionales no fue reclamado en el libelo introductorio.

La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sienta su oposición, respecto al ordinal tercero de la sentencia proferida, respecto a la indexación de las condenas impuestas, al estimar que la misma resulta improcedente, teniendo en cuenta que, entre las obligaciones de los fondos de pensiones, se encuentra la de garantizar una rentabilidad, no viendo el demandante afectado su cuenta de ahorro individual. Por otro lado, alegó que, la condena por concepto de gastos de administración resulta excluyente con la indexación.

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, petitionó la revocatoria de la sentencia, en atención a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al realizar su movimiento de manera libre y voluntaria, tal y como se demuestra con la suscripción del formulario, de acuerdo a la información suministrada por el fondo pensional, agregando que, en ningún momento hizo uso del derecho de retracto ni manifestó inconformidad alguna sobre la forma en cómo se administran sus recursos, por el contrario efectuó un traslado horizontal a otro fondo de pensiones. En su sentir, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM, además, que él no ha contribuido al sistema público no puede beneficiarse de este, pues, se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

- i)* ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, supone que el traslado de régimen es válido?
- ii)* la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iii)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos Pensiones y Cesantías y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al momento de sustentar su recurso y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que para la época en la que se efectuó el traslado del actor, no se exigía documento diferente al formulario de afiliación; en este sentido se recuerda que era Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y

Exp. No. 024 2022 00150 01

segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que la administradora del RPM tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “*REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones*”.

Exp. No. 024 2022 00150 01

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de enero de 1995 a Colfondos Pensiones y Cesantías, realizando un movimiento horizontal a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 10 de marzo de 2000 (fº. 68, 70 archivo 12, fº. 17 archivo 15); la

Exp. No. 024 2022 00150 01

obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En este punto, tal como lo señaló la juez de conocimiento, el formulario de traslado a Colfondos no se arribó al cartulario, sin embargo, el mismo

Exp. No. 024 2022 00150 01

tampoco podría dar el convencimiento que el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, tampoco se hubiese satisfecho la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - historia laboral consolidada expedida por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (fº. 15 archivo 1, fº. 83 archivo 12), respuesta de Colpensiones a petición incoada por el actor (fº. 27 archivo 1), certificado expedido por Asofondos (fº. 67 archivo 12), formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías (fº. 70, 71 archivo 12), relación de aportes y de movimientos en la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (fº. 72, 95 archivo 12), certificado de afiliación emitido por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (fº. 108 archivo 12), certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fº. 109 archivo 12), respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Asofondos (fº. 113, 123 archivo 12), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 120 archivo 12); no permiten colegir que la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías, haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que el demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

A su turno, Ceferino Velásquez Triviño a la hora de rendir interrogatorio, es administrador de empresas, desempeñándose en un cargo profesional de la Unidad de Desarrollo Estadístico de la Rama Judicial, informó que su traslado a Colfondos, se dio en 1998 como empleado de carrera administrativa en el Ministerio de Justicia, venía cotizando a la Caja Nacional de Previsión por espacio de 18 años, pero con la Ley 270 se ordenó la incorporación de la Escuela Lara Bonilla a la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, donde llegaron los descuentos y afiliación sin ninguna de asesoría e información, les hicieron legalizar un

Exp. No. 024 2022 00150 01

formulario, máxime que Cajanal fue liquidada en esa anualidad y el ISS a su turno, entró en proceso de liquidación. Siendo enfático en señalar que no estuvo asistido por un asesor, sin presentarse a las oficinas de la entidad a averiguar por ningún tema. No sabe de los bonos, de la posibilidad de pensionarse de manera anticipada. La intención para retornar al RPM es que había sido objeto de un engaño.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, arguyendo que, el actor no había manifestado ninguna inconformidad con su movimiento al RAIS, ni hizo uso del derecho de retracto, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple en el sub examine con ninguna de las pruebas documentales acopiadas al expediente, pues de ellas, no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Finalmente, frente a lo alegado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 29 de enero de 1995 (f°. 68 archivo 12), con destino a

Exp. No. 024 2022 00150 01

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones

Exp. No. 024 2022 00150 01

de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duelen, tanto la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. como Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, pues con solo la devolución de los rendimientos se compensan los demás conceptos y por otro lado, que, la imposición de devolución de estos conceptos son excluyentes entre sí.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Exp. No. 024 2022 00150 01

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, en este aspecto se modificará el ordinal tercero de la sentencia, en este sentido, es decir, ordenar la indexación únicamente de los gastos de administración, seguros

Exp. No. 024 2022 00150 01

previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, debiendo el fondo de pensiones discriminar los conceptos al momento de cumplirse la orden, es decir, indicarse sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Finalmente, en este punto, deberá indicarse a la apoderada de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que no se comparte su exposición, en lo tocante a que, al no haberse reclamado en forma expresa la devolución de aportes pensionales y rendimientos, el juez no puede ordenar el reintegro de dichos conceptos al RPM, pues, debe recordarse que, al declararse la ineficacia, ello genera como consecuencia lógica la devolución de los dineros sufragados por el afiliado durante el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, sin que tenga que estar relacionados en forma individual los mismos en el introductorio, pues, tal y como se dijo en líneas precedentes, lo contrario, sería desconocer o emitir una decisión parcial y en franco desconocimiento de los derechos del afiliado.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos Pensiones y Cesantías, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Condena en costas.

Exp. No. 024 2022 00150 01

Se condenará en esta instancia por este concepto a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al no salir avante sus argumentaciones. No se impondrá condena en costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, pues, sus argumentos prosperaron de manera parcial en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de Ceferino Velásquez Triviño por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en el RAIS.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Exp. No. 024 2022 00150 01

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



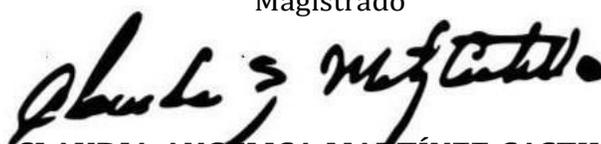
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105027 2021 00189 01
Demandante: Luz Ángela Fonseca Espinosa
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones y la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Luz Ángela Fonseca Espinosa**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 1 del archivo 1):

“1. Que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de **LUZ ANGELA FONSECA ESPINOSA** con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y

Exp. No. 027 2021 00189 01

consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.

2. Que se declare que el traslado de régimen pensional de **LUZ ANGELA FONSECA ESPINOSA**, no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

3. Que se declare que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, no informó a mi mandante sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo. De acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

4. Que se declare que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de afiliación con **PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, dicha entidad por ser el actual fondo de pensiones de mi mandante, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, actual administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

5. Que se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, administradora del régimen de prima media con prestación definida, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe activar la afiliación de mi mandante **LUZ ANGELA FONSECA ESPINOSA**, en el régimen de prima media con prestación definida.

6. Se declare que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES – COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **LUZ ANGELA FONSECA ESPINOSA.**”

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar los aporte y rendimientos que obren en su cuenta individual, así como a remitir al RPM el detalle de los rubros objeto de traslado; *ii)* que Colpensiones, debe activar la afiliación y aceptar y recibir los rubros provenientes del RAIS; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 23 de julio de 1968, por lo que, a la presentación de la demanda cuenta con 52 años.
2. Se afilió al régimen de prima media el 9 de octubre de 1997.

Exp. No. 027 2021 00189 01

3. El 1° de marzo de 1999 se trasladó a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

4. Al momento de efectuar el movimiento de régimen, no le fue brindada información veraz y oportuna, con el fin de tomar una consciente e ilustrada.

5. El 15 y 16 de marzo de 2021 solicitó la ineficacia ante la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, respectivamente, pero sin recibir respuesta alguna.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 26 de abril de 2021 (archivo 2) y admitir el libelo introductorio con proveído del 22 de junio de 2021 (archivo 6).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó como cierto la fecha de nacimiento de la actora, que se encuentra afiliada actualmente a dicha entidad y la presentación de reclamación, de los restantes fundamentos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el traslado goza de validez, al encontrarse precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto n°. 663 de 1993, además, no se allegó prueba siquiera sumaria de las razones que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación (archivo 9).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, así como su inicial vinculación al ISS, posterior traslado al RAIS y la reclamación administrativa presentada ante la entidad; sobre los restantes manifestó

Exp. No. 027 2021 00189 01

que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. Soporte de su oposición se centra en que, la afiliación a la AFP Porvenir se encontraba vigente y ella es la llamada a reconocer derechos inherentes a las pretensiones incoadas en el introductorio, pues, el traslado al RAIS se efectuó en debida forma, no pudiéndose perjudicar al fondo público y endilgársele obligaciones que tiene a su cargo la AFP, máxime que, no se evidencia la presencia de algún vicio del consentimiento, nota de protesto o anotación que permita inferir que hubo una inconformidad por la demandante, por el contrario, se observa que el movimiento se hizo en forma libre y voluntaria (archivo 10).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 17 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 22):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ ANGELA FONSECA ESPINOSA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora LUZ ANGELA

Exp. No. 027 2021 00189 01

FONSECA ESPINOSA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y actualizar la historia laboral de la demandante para incluir las semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000.00 como agencias en derecho.”

Expuso que, de acuerdo a las pruebas recaudas en el cartulario, no se podía colegir que la convocada a juicio hubiera cumplido con el deber de información, pues el único medio de convicción con la que se pretende demostrar el cumplimiento de su obligación es el formulario de afiliación, pero con el cual no se pueden determinar los términos de la asesoría brindada, incumpliendo su deber de buen consejo y asesoría, vulnerando los principios de transparencia que deben gobernar el traslado de régimen.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpuso el recurso de apelación, así:

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia, al considerar que, no se logró demostrar el engaño sufrido por la demandante ni la falta al deber de información por el fondo de pensiones, máxime que con el formulario de afiliación se colige que fue suscrito de manera libre y voluntaria, cumpliéndose de esta manera con todos los requisitos legales, sin que se hubiera manifestado en ninguna oportunidad su deseo de retractarse o retornar al RPM. No se acreditó la presencia de un vicio del consentimiento, como el error, fuerza o dolo, resaltando que la actora permaneció en el RAIS por espacio superior a los 24 años.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i)* Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.
- ii)* En el año 2001, la AFP no tenía la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.
- iii)* la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
- iv)* se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al momento de sustentar su recurso y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que con la suscripción del formulario de afiliación se acredita la voluntad de trasladarse de régimen; en este sentido se recuerda que era la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual

Exp. No. 027 2021 00189 01

pensión en el RAIS; sin que la administradora del RPM tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Skandía Pensiones y Cesantías S.A., que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó

Exp. No. 027 2021 00189 01

visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “*REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita*

Exp. No. 027 2021 00189 01

en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en junio de 2000 y de allí migrar a

Exp. No. 027 2021 00189 01

Horizonte Pensiones y Cesantías SA. Hoy Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 31 de enero de 2006 (fº. 33 y 34 del archivo 9); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

Exp. No. 027 2021 00189 01

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 33 del archivo 9), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL REGIMEN DE TRANSICION, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Luz Ángela Fonseca Espinosa (fº. 22 archivo 1), PQR radicada ante Colpensiones (fº. 35 archivo 1), petición remitida por correo electrónico a Porvenir (fº. 36 archivo 1), reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (fº. 42 archivo 1, fº. 40 archivo 10), historia laboral consolidada expedida por Porvenir (fº. 46 archivo 1, fº: 36 archivo 9), formulario de traslado a Porvenir y Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (fº. 33, 34 archivo 9), certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A (fº. 35 archivo 9), relación histórica de movimientos y relación de aportes de Porvenir S.A. (fº. 47, 67 archivo 1), respuesta a solicitud incoada por la actora (fº. 61 archivo 9), certificado de Asofondos (fº. 78 archivo 9), certificado de Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina Bonos Pensionales (fº. 81 archivo 9), respuesta de Superintendencia Financiera a solicitud incoada por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías Asofondos (fº. 85 archivo 9), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 92 archivo 9), respuesta de petición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fº. 95 del archivo 9); no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa,

Exp. No. 027 2021 00189 01

pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

En síntesis, la AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con el formulario de afiliación, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración,

Exp. No. 027 2021 00189 01

comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos

Exp. No. 027 2021 00189 01

respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Condena en costas.

Se condenará en costas en esta instancia a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 027 2021 00189 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105027 2021 00189 01. Demandante: Luz Ángela Fonseca Espinosa. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105040 2021 00203 01
Demandante: Luis Álvaro Figueroa Oviedo
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones, la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Protección
S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la
Sociedad Administradora de Fondos de
Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **Luis Álvaro Figueroa Oviedo**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Exp. No. 040 2021 00203 01

Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 3 del archivo 5):

“**1.** Se declare la ineficacia del formulario de afiliación N° 10104628712 del 4 de mayo de 1999 de la AFP Colmena (Hoy AFP Protección), que efectuó el traslado de régimen pensional de mi poderdante.

2. Igualmente, se declare la ineficacia del formulario de afiliación N° 7923703 del 19 de diciembre de 2001 de la AFP Colfondos, que efectuó el traslado de mi poderdante entre administradoras de pensiones.

3. Igualmente, se declare la ineficacia del formulario de afiliación N° 5972753 del 30 de julio de 2002 de la AFP Horizonte), que efectuó el traslado de mi poderdante entre administradoras de pensiones...”

En consecuencia, solicita se condene a *i)* la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a Colfondos Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes que fueron recibidos, así como los rendimientos financieros y gastos de administración al RPM, *ii)* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibirla como si nunca se hubiera trasladado, *iii)* costas y agencias.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 20 de septiembre de 1958.
2. Se afilió al sistema de seguridad social en julio de 1993.
3. En el año 1999 la AFP Colmena hoy Protección se acercó y le ofrecieron trasladarse de fondo, porque allí su mesada pensional iba a ser superior a la del régimen de prima media.
4. No le fue suministrada la información necesaria, comprensible y suficiente para efectuar el traslado.
5. El 19 de diciembre de 2001 migró a Colfondos.
6. Finalmente, para el 30 de julio de 2002 se movió a la AFP Horizonte hoy Porvenir.
7. Cuenta con las semanas y edad para tener derecho a la pensión.
8. La mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen son totalmente disímiles.

Exp. No. 040 2021 00203 01

9. El 18 de junio de 2021 presentó reclamación administrativa ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
10. No se ha emitido pronunciamiento frente a su pedimento.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 22 de julio de 2021 (archivo 2) y admitir el líbello introductorio con proveído del 22 de octubre de 2021 (archivo 8).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Dijo que no eran ciertos o no le constaban ninguno de los fundamentos fácticos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el movimiento a la entonces AFP Horizonte hoy Porvenir en el año 2002 fue producto de una decisión libre e informada, después de ser ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, quedando registrada la asesoría en el formulario de afiliación (archivo 15).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la actora, así como su inicial vinculación al ISS, posterior traslado al RAIS y su movimiento horizontal a otro fondo de pensiones; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción, buena fe y la genérica. Su resistencia al éxito del *petitum* de la demanda se concentra en que, se debía demostrar el engaño sufrido por parte de los asesores de la AFP al momento de la vinculación del actor, pues, la entidad procede a anular el traslado cuando se cometió i) una falsedad en el formulario de afiliación, ii) cuando tal decisión emerge de una autoridad competente, iii) el empleador afilió al trabajador sin su consentimiento. Por otro lado, estima que con la

Exp. No. 040 2021 00203 01

suscripción del formulario de traslado se encuentra plasmada la voluntad expresa de realizar tal movimiento, cumpliéndose a cabalidad con los requisitos legales para ello (archivo 16).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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. Soporte de su oposición se centra en que, la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que ejerce sobre ellas la Superintendencia Financiera de Colombia, tomando de esta manera una decisión informada y consciente, materializando su voluntad con la suscripción del formulario de traslado (archivo 17).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión y el seguro previsional. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el acto de traslado a Protección S.A., es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, no pudiéndose alegar un engaño, pues, para la época, no se podía predecir el monto de la mesada pensional (archivo 18).

Intervino la Procuraduría en el sub examine, precisando que de acuerdo a

Exp. No. 040 2021 00203 01

la documental acopiada al expediente se podía establecer que, el formulario de traslado es un contrato de adhesión donde el afiliado no tiene la posibilidad de discutir ninguna de sus cláusulas y queda sometido a la simple firma de aceptación de su contenido, agregando que no resulta lógico ni ajustado a las reglas de la experiencia que una persona tome una decisión tan trascendental con plena consciencia que le será perjudicial, luego entonces, si la AFP faltó a su deber de información, se debe declarar la ineficacia del traslado, pero ello debe acreditarse en el devenir procesal (archivo 20).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 28 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 36):

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante, señor, Luis Álvaro Figueroa Oviedo identificado con CC. 14.225.938, en el año 1999 del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales, actualmente Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, administrado por COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., por omitirse el deber de información, por parte de esta última que rige en materia de seguridad social, de conformidad con las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Luis Álvaro Figueroa Oviedo ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, desde su elección inicial de conformidad con las consideraciones realizadas en esta decisión.

TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones formulados por las demandadas en este asunto, tal y como se indicó en precedencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todas las sumas de dinero que están consignadas o fueron consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Luis Álvaro Figueroa Oviedo, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, todo esto, con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando estos se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondo de Pensiones

Exp. No. 040 2021 00203 01

Porvenir SA, así como las otras vinculadas al proceso trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., señalando como agencias en derecho en favor de la parte demandante el equivalente a 1 SMLMV. Absolver de condena en costas a las demás partes procesales, en la forma ya indicada.

SEPTIMO: Remítase ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.”

Para llegar a dichas declaraciones, en lo que al recurso de apelación impetrado interesa, sostuvo que, al no encontrarse acreditado el deber de información, se debían retrotraer las actuaciones surgidas

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. interpuso el recurso de apelación, así:

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia, en lo tocante a la devolución de gastos de administración y cuotas de seguros previsionales, pues, estos corresponden a descuentos autorizados legalmente, en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el canon 7 de la Ley 797 de 2003 y corresponden al ejercicio cuidadoso realizado por la AFP. Agregó que, resulta injusto ordenar la devolución de estos emolumentos, pues, se ejercieron las labores en forma idónea, máxime que, se contrató con un tercero, unos seguros, con el fin de proteger al afiliado durante el tiempo de vinculación al RAIS, realizándose los pagos de buena fe, máxime que dichos rubros no perjudican las semanas que se trasladen al RPM, pues allí solo se tiene en cuenta el salario y tiempo cotizado, por otro lado, al ser conceptos de tracto sucesivo, se ven afectados por el fenómeno prescriptivo.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
- ii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iii) Procede la declaratoria de la excepción de prescripción.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las

Exp. No. 040 2021 00203 01

vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiéndose por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de

Exp. No. 040 2021 00203 01

la ineficacia, como quiera que, los mismos son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, agregando que la administración de la entidad fue eficaz, en el entendido que la afiliada, se benefició de los rendimientos, además, que de los conceptos que se ordenan devolver, se efectuaron pagos a aseguradoras que mantienen cubierta las contingencias de invalidez y sobrevivencia, resaltando su actuar de buena fe.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado,

Exp. No. 040 2021 00203 01

los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. De la prescripción.

En este punto, se deberá precisar que Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sentó su inconformidad respecto a la no declaratoria de la excepción de prescripción propuesta, sin embargo, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho

Exp. No. 040 2021 00203 01

irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

5. De la condena en costas.

Dado que, no fue próspero el recurso impetrado, se condenará en costas a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que, en el término de 30 días pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Exp. No. 040 2021 00203 01

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



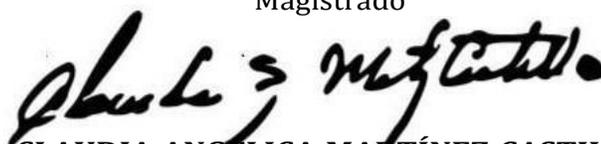
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105019 2020 00230 01
Demandante: Sonia Veloza Ortiz
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, Colfondos Pensiones y
Cesantías S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Sonia Veloza Ortiz**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (archivo 3):

“1. Declarar que la A.F.P. COLFONDOS, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

2. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señor (a) SONIA VELOZA

Exp. No. 019 2020 00230 01

ORTIZ, inicialmente a la A.F.P. COLFONDOS, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

3. Declarar que el Señor (a) SONIA VELOZA ORTIZ, nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, con lo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a registrar en su sistema de información que su afiliación es ineficaz, *ii)* trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante con rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin descuentos, *iii)* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a activar la afiliación y a recibir los aportes en pensión, rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, *iv)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 6 de marzo de 1991 y cotizó 445,29 semanas.
2. Se trasladó a la AFP Colfondos el 2 de febrero de 2001.
3. El promotor del fondo de pensiones no le explicó de forma clara las consecuencias de su decisión.
4. El 13 de diciembre Colfondos le hizo una proyección en la modalidad retiro programado en “0”.
5. De acuerdo a proyección pensional realizada por una firma particular, la mesada pensional en el RPM correspondería a \$3.151.443.
6. El 18 y 20 de febrero de 2020 solicitó la ineficacia del traslado ante las convocadas.
7. Se desataron de manera desfavorable sus pedimentos.
8. Elevó petición ante la Superintendencia Financiera de Colombiana recibiendo la correspondiente respuesta.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

Exp. No. 019 2020 00230 01

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 29 de julio de 2020 (archivo 2) y admitida el 1 de octubre de 2020 (fº. 6 archivo 1).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Respecto a los hechos, aceptó como cierto la afiliación inicial, la densidad de semanas de cotizaciones al RPM y su posterior traslado al RAIS, la petición incoada ante la entidad y su respuesta negativa, la radicación de petición ante la Superintendencia Financiera y su pronunciamiento. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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 genérica (archivo 4).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó como cierto el traslado al fondo, de los demás, dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. Como fundamento de su defensa sostuvo que, la actora ejerció su derecho de libre escogencia, para trasladarse al RAIS, después de haber recibido una asesoría integral y completa respecto a las implicaciones de tal determinación, sin que mediara vicio del consentimiento alguno, sin que se le vulnerara en manera alguna el derecho pensional, pues en dicho fondo puede obtener el reconocimiento de dicha prestación (archivo 5).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Exp. No. 019 2020 00230 01

El JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 16 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 14):

“PRIMERO: DECLARARSE la INEFICACIA del traslado de la señora SONIA VELOZA ORTIZ, identificada con la C.C. N° 51.867.807, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, que se identificada con NIT 800 149 496-2, realizado el 2 de febrero del año 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, desde el 6 de marzo del año 1991 hasta la actualidad como si ella nunca se hubiera trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas donde COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado.

CUARTO. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. Por lo tanto, se le **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones ya expuestas.

SEXTO: Se condena en costas a la demandada COLFONDOS, se ordena que sean tasadas por la secretaría del despacho.

SÉPTIMO: Si no es apelada la presente decisión, el despacho ordena remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de Colpensiones.”

Sostuvo que, de acuerdo a la documental aportada en el cartulario y el interrogatorio de parte rendido por la actora y el formulario de afiliación no se acredita que, Sonia Veloza recibió información idónea para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la carga de la prueba no puede recaer solamente a cargo de la AFP, pues la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender los documentos que estaba suscribiendo, agregando que dicha entidad actuó de buena fe y la razón para no recibir a la actora se encuentran fundadas en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al no poderse reconocerse derechos por mera liberalidad, luego entonces, la ineficacia del traslado afecta su sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados, máxime que la actora se beneficiaría de los aportes realizados por otros afiliados, por lo que, se debe revocar la sentencia apelada.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) La carga de probar el deber de información, asesoría y buen consejo que tienen las administradoras del régimen de pensiones del régimen de ahorro individual corresponde a la parte actora?
- ii) si la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema

II. CONSIDERACIONES

Exp. No. 019 2020 00230 01

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, al momento de sustentar su respectivo recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que el deber de información no puede recaer en forma exclusiva en el fondo de pensiones, pues, la actora, contaba con los medios y capacidades para comprender la información registrada al momento de realizar su traslado de régimen; en este sentido se recuerda que era Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., quien tenía la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

Exp. No. 019 2020 00230 01

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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 su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL 4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

Exp. No. 019 2020 00230 01

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 2 de febrero de 2001 a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., (fº. 89 archivo 3 y 19 del archivo 5); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo,

Exp. No. 019 2020 00230 01

acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 89 archivo 3 y 19 del archivo 5), se anota con leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES, MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Sonia Veloz Ortiz (fº. 17 archivo 3), formulario de traslado a Colfondos (fº. 89, 111 archivo 3 y 19 del archivo 5), reporte de semanas cotizadas emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (fº. 91 archivo 3), reporte de días acreditados a Colfondos (fº. 97 archivo 3), respuesta de Colfondos y Colpensiones a petición incoada por la actora (fº. 102, 108, 115 120 archivo 3), petición presentada a Colfondos y Colpensiones (fº. 105, 106 archivo 3), documento denominado “resumen historia laboral” y un “precálculo” (fº. 111, 114 archivo 3), petición presentada ante la Superintendencia Financiera de Colombia y repuesta emitida (fº. 118 y 122 archivo 3), certificado emitido por Asofondos (fº. 17 archivo 5), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (fº. 20 archivo 5); no permiten colegir que la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS

Exp. No. 019 2020 00230 01

por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

A su turno, Sonia Veloza Ortiz, es psicóloga escolar desde 1990, y presta sus servicios a una institución educativa. Informó que ha prestado sus servicios a diferentes empleadores, pero cuando inició su vida laboral en 1991 se afilió al Seguro Social y estando al servicio del Instituto Técnico Restrepo, se hizo el cambio a la entidad de pensiones, en ese momento Colfondos, donde actualmente se encuentra afiliada, esto por cuanto, para el año 2001, por los medios de comunicación y los comentarios de pasillo, se sabía que el Seguro Social iba a cerrar sus puertas y por eso las personas se estaban trasladando en masa a los fondos privados para no perder sus tiempos laborados y una vez, llegó el asesor de Colfondos, pensaron en aprovechar el momento y al ver que sus demás compañeros se trasladaron ella también lo hizo. De la información brindada en ese momento, dijo que fue en la sala de profesores a la hora del descanso, donde se reunieron ella y varios compañeros de trabajo, les entregaron los formularios y se les dijeron, que debían aportar la copia de la cédula, sin información adicional y dada la coyuntura, suscribió el documento, en forma libre y voluntaria, máxime que, el formato no requería sino los datos básicos de ella, tales como nombre, número de identificación, dirección y estado civil, siendo enfática en decir, que no le hablaron de una cuenta de ahorro individual, rendimientos, aportes voluntarios, ni que, pasaría con los aportes en caso de fallecimiento y aceptó que no hizo ninguna pregunta al asesor, porque este se limitó a pasarles el formulario.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con el nivel profesional de la actora, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Exp. No. 019 2020 00230 01

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la misma, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

Y con relación a lo anotado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 2 de febrero de 2001, con destino a la AFP Colfondos S.A. (f°. 89 archivo 3 y 19 del archivo 5); diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la administradora del RPM en este punto.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración,

Exp. No. 019 2020 00230 01

comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos

Exp. No. 019 2020 00230 01

respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Costas en segunda instancia.

Acertada fue la determinación del *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones, al considerarse que la entidad no participó en el acto de traslado de la demandante y, por ende, la responsabilidad no recaía en el organismo. Pese a lo anterior y dado el resultado desfavorable del recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas de esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 019 2020 00230 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105022 2021 00249 01

Demandante: Nubia Alonso Moreno

**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones y Colfondos Pensiones y
Cesantías S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Nubia Alonso Moreno**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 3 del archivo 1):

“Respetuosamente me permito solicitar sea decretada mediante Sentencia, la nulidad por ineficacia de la afiliación de mi poderdante NUBIA ALONSO MORENO, al régimen de ahorro individual con Solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., por falta de consentimiento informado,

Exp. No. 022 2021 00249 01

generando una ineficacia en el traslado en el traslado del régimen de prima media administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de ahorro con solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 5 de mayo de 1959 y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 62 años.
2. Desde el 2 de agosto de 1976 realizó cotizaciones al régimen de prima media.
3. Ha cotizado 1628 semanas durante toda su vida laboral.
4. Fue abordada por asesores de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., ofreciéndole se trasladara a la entidad, a cambio de recibir bondades o beneficios de ella.
5. No se le brindó una debida asesoría, con el fin de adoptar una decisión informada.
6. Solicitó su retorno al Régimen de Prima Media ante el fondo privado y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el 20 y 30 de enero de 2019, respectivamente.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 26 de mayo de 2022 (fº. 4 del archivo 2) y admitir el libelo introductorio con proveído del 27 de julio de 2021 (archivo 3).

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado

Exp. No. 022 2021 00249 01

por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. Como fundamento de su defensa sostuvo que, brindó asesoría integral y completa respecto a las implicaciones que tenía la determinación de trasladarse de régimen, además, el formulario de afiliación fue rubricado por la afiliada, sin que se acredite algún vicio del consentimiento, pues, se logra establecer que la determinación fue adoptada de manera libre y voluntaria (archivo 7).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. Soporte de su oposición se centra en que, no obraba prueba que a la actora se le hubiera hecho incurrir en error por faltar al deber de información o se está en presencia de algún vicio del consentimiento, ni alguna nota de protesta o anotación que pudiera inferir que tuvo alguna inconformidad, agregando que actualmente se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a dicha entidad (archivo 9).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 26 julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 18):

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora **NUBIA ALONSO MORENO**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectivo a partir del mes de diciembre de 1994. En consecuencia, se **DECLARA** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a **COLFONDOS S.A.** fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que traslade a

Exp. No. 022 2021 00249 01

COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a **COLPENSIONES**.

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

CUARTO ORDENAR a **COLPENSIONES** recibir los dineros provenientes de **COLFONDOS S.A.** a que efectue los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: Se **DECLARA NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**. Fijese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

Fundó su determinación en que la actora se trasladó a Colfondos a partir de diciembre de 1994, pero conforme a las pruebas arrimadas al proceso se podía constatar que la AFP no demostró haber brindado a la demandante al momento de la afiliación información idónea para que ella tomara una decisión informada, por otro lado, de la declaración rendida por la afiliada, ninguna confesión se podía colegir, deviniendo de esta manera en la ineficacia del traslado, debiendo retornar al RPM los aportes, rendimientos, fondo de pensión de garantía mínimas, primas de seguros previsionales debidamente indexados, al ser esto una consecuencia lógica de la decisión adoptada.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpusieron recurso de apelación, así:

Colfondos alegó que, brindó una debida asesoría a la afiliada, resaltando que, ella goza de todas sus capacidades mentales, con las cuales podía

Exp. No. 022 2021 00249 01

determinar si le convenía o no trasladarse a dicho fondo, además, no se podían exigir requisitos que no se encontraban vigentes para la época del movimiento, ratificando que, con la suscripción del formulario se acreditó no solo la voluntad de la actora de trasladarse sino que se cumplieron con los requisitos legales para ello, sin que se hubiera hecho uso al derecho del retracto, siendo procedente la revocatoria de la sentencia.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones solicitó se revocara la condena en costas impuestas a cargo de la entidad, al acreditarse un actuar de buena fe por parte de la entidad.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen que hiciera la actora en diciembre de 1994?

ii) Se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Exp. No. 022 2021 00249 01

Alega Colfondos Pensiones y Cesantías, que, al momento de materializarse el traslado de la demandante, al RAIS, esta se hizo de manera libre, voluntaria e informada.

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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 presente ley.”

Y el artículo 60, señala que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar 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”.

Exp. No. 022 2021 00249 01

Y la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, en torno a la ineficacia del traslado ha efectuado las siguientes precisiones, que son necesarias recordar, así:

1. No es presupuesto para que se apliquen las reglas sobre la materia ser beneficiario del régimen de transición, contar con una expectativa legítima o tener un derecho adquirido, ya que tal exigencia no se encuentra prevista en la ley ni en la doctrinada construida por la Corporación (CSJ SL2229-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL4205-2022, CSJ SL1565-2022.)

2. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

3. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

4. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

5. La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que « esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

6. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así,

Exp. No. 022 2021 00249 01

que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en diciembre de 1994, tal y como se puede constatar con la información registrada en el extracto del fondo de pensiones obligatorias, teniendo en cuenta que no se aportó el formulario de traslado a la AFP convocada (fº. 12 del archivo 1); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

En este punto, debe indicarse que, entre las pruebas documentales adosadas al expediente, no se allegó el formulario de traslado a la AFP Colfondos, sin embargo, el mismo tampoco podría dar el convencimiento que la actora recibió o no la información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, tampoco se hubiese satisfecho la carga de la prueba que atañe a la AFP.

Exp. No. 022 2021 00249 01

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Nubia Alonso Moreno (fº. 10 archivo 1), documento ilegible expedido por Colfondos (fº: 11, 16 archivo 1), extracto del Fondo de Pensiones Obligatorias – Colfondos (fº. 12, 25 archivo 1), historia laboral expedida por Colfondos (fº. 17 archivo 1), reporte de semanas cotizadas en la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (fº. 30 archivo 1, fº. 60 archivo 9), respuesta de Colpensiones a petición (fº. 33 archivo 1), petición incoada ante Colfondos (fº. 34 archivo 1), expediente administrativo emitido por Colpensiones (fº. 60 archivo 9) - no permiten colegir que la AFP Colfondos S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa.

Nubia Alonso Moreno, es secretaria de una institución educativa, cursó hasta noveno grado. En lo tocante a su traslado al RAIS indicó que, en noviembre de 1994, llegaron unos asesores al colegio donde trabajaba y le explicaron que el seguro se iba a liquidar y por eso ellos les ofrecían algo mejor, para mantener los ahorros de la pensión, como los rendimientos, y que su mesada pensional sería superior a la del RPM, pero no le dijeron en qué se beneficiaba o cuál era la ventaja de esos rubros, pero, no le informaron qué pasaría con sus aportes en caso de que falleciera, ni que podía pensionarse de manera anticipada, así como tampoco, le dijeron qué requisitos debía cumplir para obtener una mesada pensional más alta. Inició el trámite judicial, porque puede obtener una mejor pensión y a pesar de no tener una proyección, sus compañeros de trabajo le han comentado esta situación.

En síntesis, la AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, arguyendo que la actora no tenía ningún tipo de impedimento mental que le impidiera concluir si tal decisión le era beneficiosa o no, o por otro lado, hiciera uso del derecho de retracto durante el tiempo que permaneció en el RAIS, pasando inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la

Exp. No. 022 2021 00249 01

constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple en el sub examine con ninguna de las pruebas documentales acopiadas al expediente, pues de ellas, no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

3. Condena en costas

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones reprocha la condena impuesta por este concepto, arguyendo para tal efecto, que la

Exp. No. 022 2021 00249 01

entidad ha actuado de buena fe.

En este punto, deberá resaltarse que, al no participar Colpensiones en el acto de traslado de la demandante, no recaía sobre ella ninguna responsabilidad, por lo que, resulta viable revocar de la condena impuesta por el juzgado de conocimiento por este concepto.

Como quiera que Colfondos Pensiones y Cesantías, apeló y sus argumentaciones fueron despachadas de manera desfavorable, se le condenará en costas. Sin costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues, el recurso de alzada salió avante.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada proferida el 26 de Julio de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia en el sentido de **ABSOLVER** a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 022 2021 00249 01

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada