



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105029202200271-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 28 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MERY RIAÑO REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

LUZ MERY RIAÑO REYES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuada a través de COLFONDOS, quien no le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; que, se declare válida y vigente su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES; y, en consecuencia, se condene a COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos; que, se ordene a COLPENSIONES a activar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 05 de agosto de 1961; que, se vinculó al Sistema General de Pensiones, en febrero de 1980 y se trasladó al RAIS, el 19 de julio de 1995, mediante afiliación a COLFONDOS S.A.; que, a la presentación de la demanda, tenía cotizadas un total de 1.291 semanas; que, en marzo de 2000, se cambió a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A., y, en octubre de 2000 regresó nuevamente a COLFONDOS S.A.

Indicó que, ni al momento de su afiliación inicial a COLFONDOS S.A., ni cuando se cambió a la AFP PORVENIR S.A., le informaron acerca de las implicaciones de su traslado de régimen pensional, tampoco le explicaron las consecuencias legales y económicas de esa decisión; que, sólo le dijeron que se encontraba en la mejor época para garantizar una pensión, con un mayor valor y menos años de cotización; que, no se le realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes pensionales, no tuvieron en cuenta su situación pensional particular; que, durante su permanencia en el RAIS, no recibió asesoría de ninguna Administradora a la cual estuvo vinculada; que, el 24 de mayo de 2022, le solicitó a las demandadas, la ineficacia del traslado, petición que le fue negada por las accionadas (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó en su defensa las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo 09).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de marzo de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciera la señora LUZ MERY RIAÑO REYES, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 19 de julio de 1995 con fecha de efectividad 01 de agosto de 1995; declaró que para todos los efectos legales la afiliada, nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; le ordenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima para lo cual se le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; le ordenó a COLPENSIONES, recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones, rendimientos y suma destinada para garantía de pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral; absolvió a PORVENIR S.A., de cada una de las pretensiones de la demanda. No impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, respecto a la orden de devolución de recursos al RPM, para que se adicione o modifique la misma incluyendo los gastos de administración, las sumas canceladas por seguros previsionales y los aportes efectuados al Fondo de pensión de garantía mínima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PORVENIR S.A., aunque no interpuso recurso de apelación, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no

acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; *iii)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; y, *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla

fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema

de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los

hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nacida el 05 de agosto de 1961; extracto del fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, donde al 12 de enero de 2022, reporta un total de 1.272 semanas cotizadas, de las cuales 324 lo fueron al RPM y 948 al RAIS; historia laboral de la actora en COLFONDOS; reclamaciones presentadas por la demandante, ante COLFONDOS y COLPENSIONES, con su respectiva respuesta negativa; solicitudes de vinculación al COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, del 19 de julio de 1995 y 16 de agosto de 2000; tarjeta de identificación - ISS, de la demandante, con fecha de inscripción 21 de enero de 1981; reporte de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES, donde consta que ésta realizó aportes al RPM, entre el 18 de enero de 1980 y el 31 de agosto de 1986; expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES; solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIAS, diligenciada el 09 de febrero de 2000; certificación de traslado de aportes de la AFP PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A.; historia laboral consolidada expedida por la AFP PORVENIR S.A.; relación de aportes de la actora en PORVENIR S.A.; consulta SIAF (Archivos 01, 08 y 09).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, asesores de COLFONDOS S.A., llegaron a su sitio de trabajo, en la Secretaría de Gobierno, y le ofrecieron la afiliación, diciendo cosas maravillosas, que la pensión le quedaba a los hijos, que era mejor que el ISS, y *“uno incauto firmaba o aceptaba porque pensaba que era la mejor opción”*; que, la charla fue de 15 o 20 minutos; que, luego se cambió a COLPATRIA y regresó a COLFONDOS, porque constantemente iban los asesores y le decían que su AFP, era mejor que la otra; que, recientemente en su sitio de trabajo le hicieron una charla a los pre pensionados, vinieron expositores y le dijeron que así cotizara todo lo que más quisiera, su mesada sería del salario mínimo legal mensual, sólo ahí entendió el error que había cometido cambiándose al régimen privado de pensiones; que, firmó los formularios de manera libre y voluntaria, porque creyó que era lo mejor.

También declaró la señora ANA VICENTA NIEBLES GUTIÉRREZ, quien dijo ser compañera de trabajo de la demandante y haber estado presente al momento del cambio de régimen pensional, donde ella también se afilió a COLFONDOS; ratificando lo indicado por la actora.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró

demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ MERY RIAÑO REYEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

También debe la Sala, aclarar que, el cambio de Administradora de Fondos de Pensiones, realizado por la demandante, a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., no convalidó el traslado inicial efectuado a COLFONDOS S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el*

contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, de adicionar la sentencia de Primera Instancia, y, condenar a COLFONDOS S.A., a devolver, las sumas descontadas a la demandante, por gastos de administración, primas de seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de pensiones, retuvo a título de cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas

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

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, se accederá a lo solicitado por COLPENSIONES, en consecuencia, se adicionará el ordinal séptimo a la sentencia apelada, ordenando a COLFONDOS S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados a la demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa

Administradora, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y aportes al Fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, aunque esta no haya sido solicitada en la demanda, pues, su imposición no comporta una condena adicional, como se advirtió en sentencia SL359 de 2021; esto, teniendo en cuenta que, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta concedido en su favor.

Sin costas en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal séptimo de la sentencia apelada, proferida el 28 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, también condenar a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas a la demandante LUZ MERY RIAÑO REYES, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y aportes al Fondo de garantía de pensión mínima; valores que deberá indexar al momento de su traslado efectivo, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

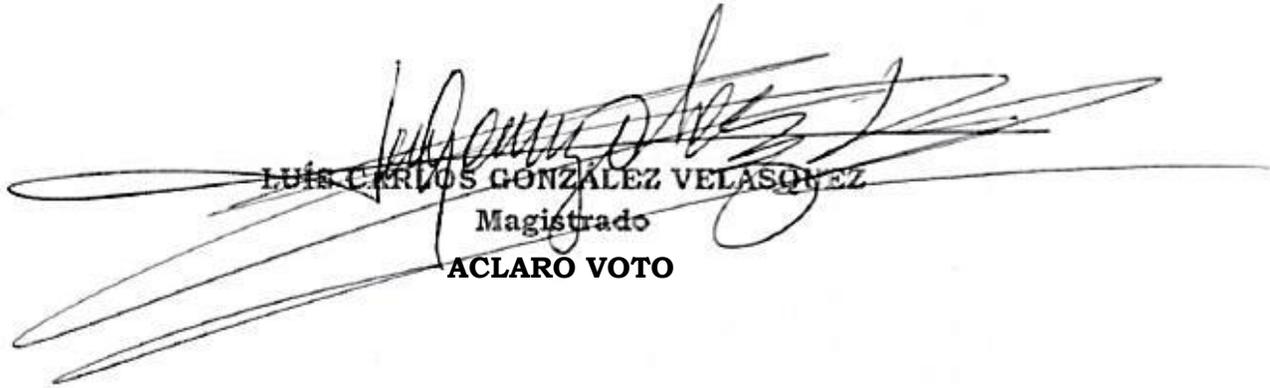
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

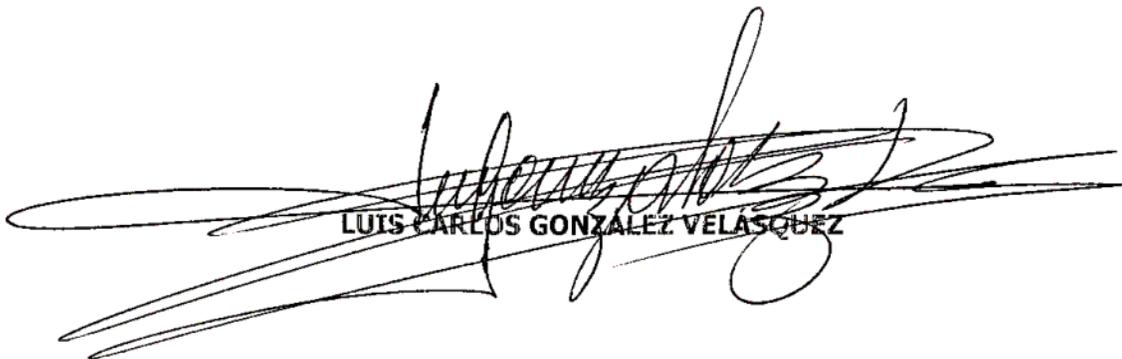
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 29 2022 00271 01 DE LUZ MERY RIAÑO REYES CONTRA COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora RIAÑO REYES al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039202100359-01

En Bogotá D.C., hoy doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERIBERTO MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

HERIBERTO MARTÍNEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS, efectuada a través de PORVENIR S.A.; que, se declare que no recibió ninguna información o asesoría clara y precisa por parte de la AFP, al momento de realizar el traslado y, por lo tanto, el traslado entre regímenes deviene en ineficaz; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales realizados a esa Administradora, como cotizaciones, gastos de representación, bonos, aportes adicionales de aseguramiento con todos sus frutos, intereses y rendimientos como lo dispone el artículo 1747 del CC; que, se condene a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones trasladados e incorporarlos a la historia laboral debidamente detallados; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 01 de agosto de 1961, por lo que, a la presentación de la demanda, tenía 59 años de edad; que, empezó a cotizar para pensión en el Instituto de Seguros Sociales, desde el 11 de diciembre de 1995 y hasta el 31 de enero de 1997, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PORVENIR S.A. y luego a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A., que también es hoy PORVENIR S.A.

Indicó que, al momento de su traslado de régimen pensional, no le fueron explicadas las implicaciones de su decisión, no se le dieron a conocer escenarios comparativos de pensión entre uno y otro régimen, ni se le explicó la naturaleza propia del régimen de capitalización; que, al 01 de abril de 1994, no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; sin embargo, se encuentra muy preocupado por la proyección de su mesada pensional en la AFP, que afectaría profundamente su mínimo vital.

Refirió que, les solicitó a las demandadas, autorizar y conceder su retorno al RPM, pero tal petición fue resuelta de manera negativa; que, cuenta con más de 650 semanas cotizadas (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 05).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo el señor HERIBERTO MARTÍNEZ del RPM al RAIS a través de PORVENIR y cuya efectividad comenzó a partir 20 de enero de 1997 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por

lo que se deberá entender que éste jamás se separó el RPM, situación que también se debe predicar a la afiliación que se realizó el demandante a HORIZONTE, cuya efectividad comenzó el 01 de febrero del 2003, dejando claro que hoy en día HORIZONTE y PORVENIR son la misma entidad; condenó a PORVENIR S.A. que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir la orden.

Igualmente, le ordenó a COLPENSIONES, que reciba los dineros trasladados por PORVENIR S.A. y reactivar la afiliación del demandante, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas; informó a COLPENSIONES, que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PORVENIR S.A.; condenando a ésta última al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

PORVENIR S.A., manifestó que, la indexación de las condenas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, no fue solicitada en la demanda, por lo tanto, la decisión apelada, no cumple con el principio de congruencia de acuerdo con lo petitionado por el actor; que, la indexación no fue discutida ni probada en el curso del proceso y no se cumplen los requisitos para emitir un fallo extra o ultra petita en ese sentido; que, al ordenarse la devolución de los rendimientos generados por las cotizaciones del demandante, y al mismo disponer que la devolución de los recursos se haga de forma indexada, se le está imponiendo a esa AFP, una doble condena, porque, con los rendimientos se compensa cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda, que hubiesen sufrido los recursos objeto de transferencia; que, las cotizaciones del señor MARTÍNEZ, jamás se vieron afectadas por la depreciación de la moneda, a través del tiempo, ya que, una de las obligaciones de las Administradoras de fondos de pensiones, es mantener la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por su parte indicó que, el demandante, no cumple con los requisitos para retornar al RPM, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; que, no se acreditó la existencia de algún tipo de engaño por parte de la AFP, que permita declarar la ineficacia del traslado, pues, durante las oportunidades legales,

nunca manifestó su voluntad de retirarse del RAIS, donde permaneció por más de 25 años, debiendo asumir las consecuencias legales de su decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, el demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993; que, tampoco se acreditó un vicio en el consentimiento al momento de su traslado al RAIS, siendo carga probatoria del actor, demostrar el engaño del que alega fue objeto al momento de su afiliación; que, la AFP, cumplió con el deber de información en los términos vigentes para febrero de 1997, sin que pueda imponérsele cargas adicionales a la suscripción del formulario de afiliación; que, avalar el retorno del accionante, al RPM, contribuye a la descapitalización del Sistema pensional; de manera subsidiaria, solicitó que, en caso de confirmar el fallo apelado, se sujete el cumplimiento de la sentencia al traslado de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro de individual del actor y que no se condene en costas procesales.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, en el presente caso no se demostraron los presupuestos legales, para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ya que, el formulario de afiliación suscrito por éste, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54A del CPTSS, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo; que, bien pudo del demandante hacer uso del derecho al retracto, pero guardó silencio al respecto, prevaleciendo su derecho a la libre escogencia; que, por el contrario quedó acreditado el cumplimiento de esa AFP, en cuanto al deber de información, por lo que, debió la *a quo*, realizar un análisis crítico y en conjunto de la totalidad de las pruebas, para concluir que no procedía la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, razón por la que, solicitó revocar en su integridad la sentencia de Primera Instancia.

El demandante, por su parte, alegó que, existe suficiente precedente jurisprudencial al respecto, que le permite obtener la ineficacia del traslado efectuado a la AFP PORVENIR, por la falta de información clara, veraz, oportuna y completa, la cual configuró un engaño por omisión y de esta forma se asaltó en su buena fe para que se trasladará y permaneciera en el RAIS, al que pertenece dicha administradora.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM; y *v)* si debe o no imponerse condena en costas a COLPENSIONES.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus

interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de***

Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, la cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 01 de agosto de 1961; reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES, del 01 de febrero de 1986 al 30 de septiembre de 1998; historia laboral consolidada expedida por la AFP PORVENIR S.A., donde al 31 de marzo de 2023, HERIBERTO MARTÍNEZ reportaba un total de 1.448 semanas, de las cuales 661,7 lo fueron al RPM y 786.1 al RAIS; peticiones presentadas a las demandadas, solicitando el retorno del demandante al RPM, con sus correspondientes respuestas negativas; expediente administrativo de COLPENSIONES; consulta SIAFP con el historial de vinculaciones del actor, al Sistema Pensional; solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PORVENIR, de fecha 19 de enero de 1997; formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias Horizonte Pensiones y Cesantías del 27 de diciembre de 2002; relación histórica de movimientos y aportes de la cuenta individual del señor MARTÍNEZ en PORVENIR S.A.; certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., desde el 20 de enero de 1997; relación de salarios emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Archivos 01, 5.1, 13 y 19).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, en enero de 1997, él trabajaba en el Hospital San Blas, allí fueron algunas personas de PORVENIR, reunieron a los trabajadores, por grupos, en un pasillo del Hospital, y, en un tiempo muy corto, les dijeron que el Seguro Social, se iba a acabar, comentario que ya se escuchaba en el ámbito laboral, y que, debían trasladarse a un fondo de pensiones, que *“para eso estaban ellos”*; que, les dijeron que podrían pensionarse en cualquier momento, por lo que, no tendrían la necesidad de llegar a cierta edad y semanas, lo que le pareció muy interesante; que, en el año 2002, cuando salió de trabajar del Hospital y entró a otra empresa, *“en la premura de hacer los documentos, ellos tenían sus contactos con el fondo, la mayoría de ellos estaban en el fondo, y lo que hice fue afiliarme a ese fondo, a Horizonte”*, sin que haya estado asesorado, sólo se reunió para llenar el formulario y hacer los trámites de afiliación al fondo; que, en 1997, no le hablaron de una cuenta de ahorro individual, rendimientos, ni aportes voluntarios; que, en el 2019, se quedó sin empleo, entonces fue a PORVENIR, para iniciar los trámites de la pensión, pero allá le dijeron que lo dicho por los asesores, realmente no era cierto, que, no se podía pensionar en ese momento, lo que fue

bastante frustrante; que, sólo ahora sabe que el Seguro Social se acabó y se creó un nuevo fondo llamado COLPENSIONES; que, estaba muy convencido de lo prometido por PORVENIR y sólo cuando tuvo la necesidad de pensionarse, se dio cuenta que nada era cierto, entonces ahí investigó y por eso supo que podía regresar a COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor HERIBERTO MARTÍNEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad del actor de retornar al RPM con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como

en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente la *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a 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, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 19 de enero de 1997, con efectividad el 20 de enero de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas, que pide la demandada COLPENSIONES, sea revocada, comoquiera que éstas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el

pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Finalmente, en cuanto la adición del fallo apelado, también solicitada por COLPENSIONES, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas por la *a quo*, una vez PORVENIR S.A., traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, con los demás emolumentos; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **HERIBERTO MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

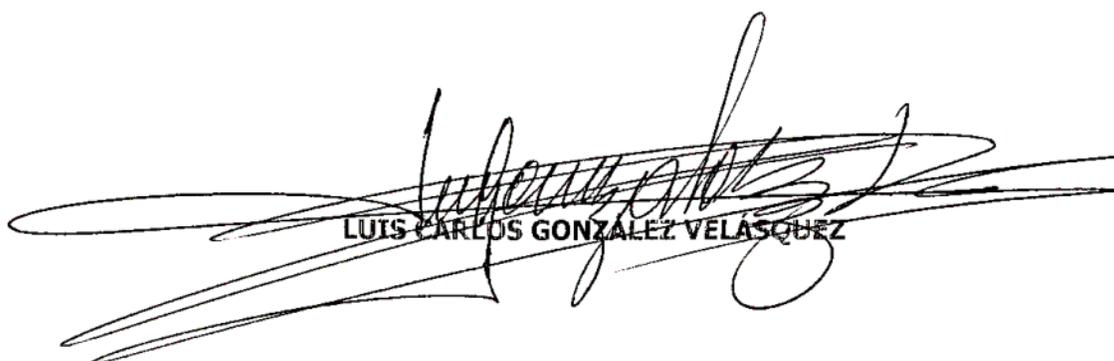
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 039 2021 00359 01 DE HERIBERTO MARTÍNEZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor MARTÍNEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105001202000412-01

En Bogotá D.C., hoy doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA ELIZABETH TACHACK SUÁREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

MARTHA ELIZABETH TACHACK SUÁREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, efectuado el 01 de septiembre de 2000, a través de la AFP PORVENIR S.A.; que, se ordene a las demandadas, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular su traslado al RAIS; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; que, se ordene a COLPENSIONES, recibirla en el RPM, sin solución de continuidad, y que, proceda a corregir y actualizar su historia laboral, teniendo para todos los efectos legales, como única afiliación válida, la efectuada el 21 de julio de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 24 de julio de 1965; que, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el 21 de julio de 1993, donde permaneció hasta el 06 de julio de 2000, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., decisión que aseguró, no fue libre y voluntaria, pues, no estuvo precedida de la suficiente ilustración acerca de las consecuencias que tendría para su futuro pensional.

Indicó que, PORVENIR S.A., no le informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de cumplir los 47 años de edad, pese a que la AFP, tenía todos sus datos personales; que, tampoco se le comunicó la oportunidad que tenía de retractarse de su decisión de traslado de régimen; que, se acercó en el año 2019 a las instalaciones de PORVENIR, donde le manifestaron que su mesada pensional sería del salario mínimo legal mensual vigente, pese a que su ingreso base de liquidación asciende a \$2.183.166; que, el 31 de julio de 2019, le solicitó a COLPENSIONES, la nulidad de su traslado, a lo que no accedió esa Entidad (Archivos 01 y 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (Archivo 08).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (Archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de mayo de 2023, el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A.; ordenó a COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de MARTHA ELIZABETH TACHACK SUAREZ, al RPM, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; le ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la actora, en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, prima de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que 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 accionante.

Igualmente, declaró 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 actora, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; declaró no probadas las excepciones formuladas; no impuso condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

PORVENIR S.A., solicitó revocar la totalidad de la sentencia apelada y en su lugar absolver a esa Administradora, de las condenas impuestas, pues, la afiliación de la demandante, a esa AFP, se realizó de manera libre, voluntaria, precedida de una información clara y transparente, que era lo que se exigía para la época en que se presentó el traslado, en el año 2000; que, la actora, permaneció en el RAIS, por más de 20 años, sin que en ningún momento haya reclamado o manifestado su inconformidad de alguna forma, lo que reivindica su voluntad y querer de permanecer en dicho régimen, aceptando las condiciones y parámetros bajo los cuales iba a pensionarse en el mismo; que, la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien se estaría beneficiando de unos recursos sobre los cuales no ejerció ninguna administración, además se desconoce que tales descuentos se encuentran autorizados por la ley; que, tampoco procede la indexación de las condenas impuestas, ya que, PORVENIR, garantizó con creces la rentabilidad de los aportes de la actora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, argumentó que, la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de esa Administradora; que, cada caso debe analizarse en particular, pues, la demandante, no puede ser exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, conforme al Decreto 2241 de 2010, donde señalan las obligaciones del afiliado al Sistema General de Pensiones; que, la actora, no se encuentra disminuida para celebrar actos o contratos y debe asumir las consecuencias de su decisión, pues, de ello dependía su futuro pensional; que, la actora, no hizo uso de manera oportuna de los mecanismos legales, para dejar sin efecto su traslado al RAIS; que, la demandante, realizó su ahorro de manera individual y no financió las

pensiones del RPM y su propio ahorro no será suficiente, vulnerando con ello los principios de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PORVENIR S.A., manifestó que, el traslado de la actora, al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como lo demuestra el formulario de afiliación, sin que, para la fecha en que se materializó dicho cambio, se encontrara en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la parte actora. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad; reiteró que, no procede la devolución de los gastos de administración y sumas de seguros previsionales; que, debe darse aplicación a las restituciones mutuas; y que, ordenar la indexación de las sumas que corresponden a gastos de administración, significaría un pago doble a COLPENSIONES, en el sentido de que ya se han logrado obtener los rendimientos financieros que garantizan la pérdida del poder adquisitivo del dinero a lo largo del tiempo, lo que, constituirían un enriquecimiento sin justa causa a favor esa Administradora.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la actora, nacida el 24 de julio de 1965; reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES; historia laboral consolidada emitida por la AFP PORVENIR S.A., donde al 07 de junio de 2022, la demandante, reporta 1.434 semanas

cotizadas, de las que 320,2 lo fueron a través del RPM y 1.114,2 en el RAIS; reclamaciones presentadas ante las demandadas, con sus correspondientes respuestas; extracto de pensión obligatoria; consulta SIAFP; solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir, de fecha 06 de julio de 2000; relación histórica de movimientos y aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., con efectividad desde el 01 de septiembre de 2000; resumen de historia laboral válida para bono pensional (Archivos 01, 05, 08 y 09).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 2000, llegaron a la empresa donde ella trabajaba, un grupo de personas ofreciendo unos servicios para trasladarse de administradora de pensiones, hicieron una reunión grupal, de 20 minutos, donde les explicaron que el Seguro Social se iba a acabar y los trabajadores iban a quedar en el limbo; que, les ofrecieron varias opciones de Administradoras y la que más rentabilidad les daba era PORVENIR, *“hablaron de mejores rendimientos que los que estaba dando el Estado y los que no están dando ahorita”*; que, al momento de su traslado, le hablaron de aportes voluntarios, pero ella no tenía un buen salario para la fecha, por lo tanto, estos no eran una opción, y que, también le dijeron que podría pensionarse a una menor edad; que, no le explicaron qué pasaría con sus aportes en caso de no resultar estos suficientes para pensionarse, ni cómo se haría el traslado de las cotizaciones que había realizado ante el Seguro Social; que, no ha presentado ninguna queja o inconformidad contra PORVENIR S.A.; que, *“fue una afiliación masiva, dieron una reunión de 20 minutos y hagamos una fila con el asesor de PORVENIR y el asesor de COLFONDOS, para que se pasen en este momento y no vayan a perder, digamos, una buena opción de fondo, solamente se entró a firmar, nos dieron un vasito con unos lápices y unos dulces”*; que, no tuvo tiempo de leer el formulario de afiliación, sólo firmó el formulario, conforme la reunión previa que habían tenido con los asesores; que, como maneja la nómina de COMAPAN, ha revisado algunos documentos y estima que su mesada pensional en el RPM, sería similar a su salario, entre \$1.600.000 o \$1.700.000; que, desde hace 23 años, no se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES; que, desea regresar al RPM, porque lo que le ofrece PORVENIR, como mesada pensional, no corresponde a lo que ella esperaba recibir; que, sólo hasta el 2018, empezó a notar que las personas cercanas que salían pensionadas con las Administradoras privadas, estaban recibiendo el salario mínimo legal mensual del momento, entonces ahí decidió acudir a un abogado e iniciar este proceso, *“yo antes tenía la percepción de que lo que me había ofrecido PORVENIR se me iba a cumplir”*.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARTHA ELIZABETH TACHACK SUÁREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse

a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la actora de retornar al RPM con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si***

tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».**

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Negrilla fuera de texto)

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente el *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a 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, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 06 de julio de 2000, con efectividad el 01 de septiembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA ELIZABETH TACHACK SUÁREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor dela demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 001 2020 00412 01 DE MARTHA ELIZABETH TACHACK SUÁREZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora TACHACK SUÁREZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105032202100478-01

En Bogotá D.C., hoy doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA MARÍA CARDONA IBARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

CLAUDIA MARÍA CARDONA IBARRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, efectuada en junio de 1999, a través de la AFP PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole en error y viciando su consentimiento, para que se trasladara dicho régimen; que, se ordene a la AFP PORVENIR a retornar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos; que, se ordene a COLPENSIONES, a recibirla en el RPM, y a mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales entre el 06 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1999, acumulando un total de 935 semanas cotizadas; que, en junio de 1999, cuando se encontraba trabajando en KYROVET LABORATORIES S.A., asesores de PORVENIR S.A., se presentaron para ofrecerle el nuevo régimen pensional, al cual se trasladó, pues, le aseguraron que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, perdiendo todo lo cotizado hasta el momento, que tendría mayores rendimientos y que podría pensionarse a cualquier edad, pero no le informaron del derecho de retracto.

Refirió que, al mes de junio de 2020, tiene cotizadas 2011 semanas; que, les solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno al RPM, petición que le fue negada por éstas; que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación de su posible mesada pensional, a los 57 años de edad, la cual sería equivalente a \$877.803, mientras que, en COLPENSIONES, le correspondería aproximadamente un valor de \$2.134.550 (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo 07).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados; responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de COLPENSIONES; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (Archivo 08).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones formuladas por las

demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS, efectuado por la demandante, a través de PORVENIR S.A., el 16 de junio de 1999; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los aportes efectuados junto con sus rendimientos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la señora CLAUDIA MARÍA CARDONA IBARRA, ha estado afiliada a dicha sociedad, valores éstos últimos que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

También, le ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPM, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar en su integridad la sentencia de Primer Grado, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen, una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial; sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del Sistema pensional, se limitó este derecho cuando el afiliado se encuentre a 10 años o menos de cumplir la edad para pensionarse, salvo que sean beneficiarios del régimen de transición; que todas las actuaciones de COLPENSIONES, deben estar encaminadas a conservar la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que, la demandante, no es beneficiaria del régimen de transición para ordenar su retorno al RPM en cualquier tiempo, como lo señala la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2012, entre otras; que, la señora CARDONA IBARRA, se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y mal puede tenerse como afiliada al RPM; que, según lo dispuesto por la sentencia SU-062 de 2010 debe tenerse en cuenta el cálculo de rentabilidad; que, tampoco se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues, COLPENSIONES, es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la actora y la AFP, que, sólo tiene efectos interpartes, por lo que, esa Administradora, no puede verse ni favorecida, ni perjudicada con lo decidido.

La **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó que, el traslado de la actora, al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal como quedó demostrado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encontraba autorizada por la misma ley, para el año 1999; que, no se comparte la valoración probatoria del Juez, pues, para el momento histórico en que se realizó el traslado de la actora,

no estaba en cabeza de esa AFP, constituir documentos adicionales al formulario de afiliación, que, surtió todos los efectos jurídicos que de él se derivan, conocidos por la demandante, quien además recibió permanentemente extractos, por lo que, siempre estuvo informada respecto de su afiliación; que, los asesores de la época brindaban una información consistente en características propias del RAIS, por lo cual, no es dable exigir ahora que se demuestre haber hecho un comparativo de uno y otro régimen o sus eventuales ventajas o desventajas, pues, la misma legislación contempló la coexistencia de los regímenes pensionales, por lo que, las diferencias existentes entre estos, no puede considerarse una desventaja; que, el hecho de una posible mesada pensional inferior en el RAIS, no es razón suficiente para considerar viciado el consentimiento de la actora, debiendo valorar las restituciones mutuas, al momento de declarar la ineficacia, pues, al devolver a COLPENSIONES, los aportes con los rendimientos financieros, PORVENIR, habría actuado como un agente oficioso involuntario, de esa Administradora, en cuanto creyendo administrar su propio negocio, en realidad lo está haciendo en beneficio de un tercero, por lo que, debería entonces esa AFP, sólo reintegrar los rendimientos que hubiese obtenido la actora, de haber permanecido en el RPM; que, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aporte al fondo de garantía mínima, no deberían ser objeto de devolución, pues son deducciones autorizadas por la ley, ya cumplieron con su objetivo y no se encuentran en poder de esa Administradora; que, la indexación de los gastos de administración y seguros previsionales, también afecta el patrimonio de PORVENIR, debido a que debe asumir una actualización de estos recursos, aun cuando de descontaron por un objetivo ya agotado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que, en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante, ante la AFP PORVENIR S.A., en el año 1999, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por ésta de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes, medio consenso sobre la información ofrecida, las condiciones y características del RAIS además no existe ninguna prueba, tampoco un indicio que demuestre, que el traslado se desarrolló con la presencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, descritos en el Código Civil, prueba de ello son las firmas del formulario de afiliación que acredita la aceptación voluntaria libre y sin presión de construir su pensión en una Administradora privada.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, el traslado de la actora, al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como lo demuestra el formulario de afiliación, sin que, para la fecha en que se materializó dicho cambio, se encontrara en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la parte actora. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes

pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad; reiteró que, no procede la devolución de los gastos de administración y sumas de seguros previsionales; que, debe darse aplicación a las restituciones mutuas; y que, ordenar la indexación de las sumas que corresponden a gastos de administración, significaría un pago doble a COLPENSIONES, en el sentido de que ya se han logrado obtener los rendimientos financieros que garantizan la pérdida del poder adquisitivo del dinero a lo largo del tiempo, lo que, constituirían un enriquecimiento sin justa causa a favor esa Administradora.

La demandante, por su parte, alegó que, los demandados no pudieron acreditar de manera alguna la asesoría clara idónea y oportuna, ya que son, las AFP quienes tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo que debían cumplir las Administradoras de fondos de pensiones al momento de traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional y debe tenerse en cuenta un cálculo de rentabilidad; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual,

precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al plenario se allegaron como pruebas, cédula de ciudadanía de la actora, nacida el 24 de mayo de 1963; historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A, de la cual se extrae que al 17 de febrero de 2022, la actora, contaba con un total de 2.089 semanas cotizadas, de las cuales 936.2 lo fueron al RPM y 1.152,8 al RAIS; reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES; reclamaciones presentadas por la actora, ante las demandadas y sus correspondientes respuestas; solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir S.A., con fecha 16 de junio de 1999; resumen de historia laboral válida para bono pensional; formulario solicitud vinculación Seguro Social, con sello de recibo del 16 de abril de 1996; formulario actualización datos Seguro Social del 10 de

febrero de 1998; consulta SIAFP; relación histórica de movimientos y aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante; certificación de afiliación de la señora Claudia María Cardona Ibarra a la AFP PORVENIR S.A., efectiva a partir del 01 de agosto de 1999; expediente administrativo de la accionante, en COLPENSIONES (Archivos 01, 07 y 13).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 1999, se acercó a su lugar de trabajo, un asesor de PORVENIR, ofreciéndole de forma individual, los servicios de esa Administradora, porque el Seguro Social, se iba a acabar, por lo que, le convenía cambiarse a esa AFP, donde iba a recibir una mejor rentabilidad y una mejor pensión; que, el asesor fue quien diligenció el formulario y ella sólo le suministró sus datos personales, pero no le explicaron porque se incluyeron unos familiares como beneficiarios, tampoco le habló del régimen de transición, ni del bono pensional, menos aún le explicó que tendría una cuenta de ahorro individual; que, ha recibido los extractos de PORVENIR; que, su motivación para retornar al RPM, es obtener una mejor mesada pensional, pues, luego de tantos años de trabajo, no considera correcto que se pensione con un salario mínimo legal mensual, que fue lo ofrecido por la AFP, hace 3 años, cuando se acercó a PORVENIR, para verificar que su historia laboral estuviese actualizada, mientras que en COLPENSIONES, sabe que puede recibir aproximadamente 2 SMLMV; que, nunca le indicaron la posibilidad que tenía de devolverse al RPM.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora CLAUDIA MARÍA CARDONA IBARRA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado

de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la actora de retornar al RPM con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales; y que, los cálculos de rentabilidad o equivalencia, de acuerdo a lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL5296 y SL5592 ambas de 2021, no es procedente, pues *“se trata de una consecuencia no contemplada en la ley”*, que, *“sí existió, para quienes aspiraban a recuperar el régimen de transición”* pero que, *“se suprimió del ordenamiento jurídico”*, por lo que, se trata una obligación no contenida en la ley.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a

colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes

adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente el *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a 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, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 16 de junio de 1999, con efectividad el 01 de agosto de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

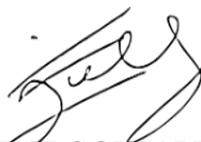
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA MARÍA CARDONA IBARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 032 2021 00478 01 DE CLAUDIA MARÍA
CARDONA IBARRA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora CARDONA IBARRA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007202000027-01

En Bogotá D.C., hoy doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de abril de 2023, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIANNE KLING CEBALLOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

MARIANNE KLING CEBALLOS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., a finales del año 2001, así como de su afiliación a SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., en el año 2003, toda vez que, en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional y en especial de su situación personal y concreta; que, como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga como afiliada al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros

actualizados, al igual que el bono pensional y lo que haya obtenido; que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 14 de enero de 1966; que, estuvo afiliada en el RPM, hasta finales del año 2001, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y luego, en el año 2003, se cambió a SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A.

Manifestó que, ni PORVENIR S.A., ni SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., cumplieron con el deber de ofrecerle una información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto al cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo; que, mientras en PROTECCIÓN S.A., la mesada pensional que le correspondería a los 53 años de edad es de \$1.175.127 y a los 57 años de \$ 2.258.423, en el RPM, ésta ascendería aproximadamente a \$5.878.667; que, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando su retorno a ese régimen, petición que fue resuelta de manera negativa por esa Administradora (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 02).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, alegó en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, Aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Archivo 03).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de abril de 2023, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la señora demandante Marianne Kling Ceballos a PORVENIR S.A., en diciembre del 2001 y posteriormente con PROTECCION S.A. para el año 2003; le ordenó a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo la devolución al RPM; le ordenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde que estuvo vinculada en cada uno de esos fondos privados desde el año 2001 tales como el porcentaje correspondiente a los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, concediéndoles el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, presentando al Juzgado, un informe discriminando correctamente todos los valores objeto de devolución con los respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, valores de los aportes, valores de los descuentos de los aportes que se devuelven a COLPENSIONES, el valor de su indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esa sentencia.

Igualmente, le ordenó a COLPENSIONES a recibir a la señora demandante, como su afiliada dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, a quienes además condenó al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, argumentó que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante, no contaba con la densidad de semanas para ser beneficiaria del régimen de transición, que le permitiera retornar al RPM, en cualquier tiempo; que, la actora, se encuentra debidamente afiliada al RAIS y no es COLPENSIONES, quien debería proceder al reconocimiento de ningún derecho pensional; que, no procede la condena en costas.

La **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó que, el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio del RAIS al RPM, esto es, el saldo de la cuenta individual del afiliado y sus rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la

devolución de sumas diferentes a las referidas en esa norma, más aun cuando, al momento del cambio de administradora, PORVENIR, transfirió a ING hoy PROTECCION, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos, como lo indica la norma; que, las demás sumas como gastos de administración y primas de seguros previsionales, no están destinadas a financiar ninguna prestación pensional a favor de la afiliada; además, que, son descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que, no procede la indexación de las condenas impuestas, pues, durante el tiempo que la actora, estuvo afiliada a PORVENIR, se garantizó la rentabilidad de sus aportes a pensión, por lo que, resulta incompatible la indexación con dichos rendimientos;

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, indicó que, la demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPM, prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que, no se acreditó dentro del plenario ningún vicio del consentimiento que invalidara el acto o contrato suscrito por la actora, inicialmente con PORVENIR y luego con PROTECCION; que, era la demandante, quien debió acreditar el incumplimiento en el deber de información de las AFP demandadas, quienes por su parte, sí demostraron haber brindado la información que, para la época, exigía la normatividad vigente, lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante; que, de acceder a las pretensiones de la actora, se estaría contribuyendo a la descapitalización del sistema pensional; solicitó de manera subsidiaria, que, en caso de confirmar la decisión impugnada, se adicione la misma, en el sentido de indicar que sólo cuando se traslade la totalidad de los valores ordenados a retornar del RAIS, es posible que esa Administradora dé cumplimiento a la sentencia.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, el traslado de la actora, al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como lo demuestra el formulario de afiliación, sin que, para la fecha en que se materializó dicho cambio, se encontrara en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la parte actora. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad; reiteró que, no procede la devolución de los gastos de administración y sumas de seguros previsionales; que, debe darse aplicación a las restituciones mutuas; y que, ordenar la indexación de las sumas que corresponden a gastos de administración, significaría un pago doble a COLPENSIONES, en el sentido de que ya se han logrado obtener los rendimientos financieros que garantizan la pérdida del poder adquisitivo del dinero a lo largo del tiempo, lo que, constituirían un enriquecimiento sin justa causa a favor esa Administradora.

La demandante, por su parte, alegó que, tiene derecho a que se le declare la ineficacia del traslado efectuado a finales del año 2001 al RAIS administrado por Porvenir S.A., y los posteriores traslados entre administradoras del RAIS, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta, por lo tanto, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, debiendo COLPENSIONES tenerla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM; y, *v)* si resulta procedente la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de

poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes</i>

		<i>pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nacida el 14 de enero de 1966; reclamación administrativa con su correspondiente respuesta negativa; historia laboral expedida por PROTECCIÓN el 24 de agosto de 2020, donde consta que a dicha data, la señora MARIANNE KLING CEBALLOS, tenía cotizadas 1.711,01 semanas, de las que 821,26 lo fueron al RPM, 64,29 a otra AFP del RAIS y 824,86 a PROTECCION; comunicación del 02 de agosto de 2019, mediante la cual PROTECCION, le informó a la actora que, su mesada pensional a los 53 años sería de \$1.175.127 y a los 57 años de \$2.258.423 aproximadamente; solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias de PORVENIR, diligenciado el 25 de agosto de 1999; certificación de afiliación y traslado de aportes de PORVENIR S.A. al Fondo de Pensiones Obligatorias ING, el 31 de marzo de 2003; relación histórica de movimientos y aportes realizados en la cuenta de ahorro individual de la actora, administrada por la AFP PORVENIR S.A.; consulta SIAFP, con el historial de vinculaciones de la actora en el Sistema General de Pensiones;

formulario de vinculación al fondo obligatorio de pensiones Santander, de fecha 25 de febrero de 2003; reporte del estado de cuenta de la demandante en PROTECCIÓN S.A. (Archivos 01 a 04).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, comenzó a trabajar desde los 18 años, por lo que, desde esa época comenzó a cotizar en el Seguro Social hasta el año 2001, cuando estaba trabajando en el Banco Caja Social, allí en una reunión grupal, de más o menos 10 o 15 minutos, recibieron a un asesor de PORVENIR, quien le informó que el Seguro Social se iba a acabar y que, en esa AFP, tendría mejores beneficios en cuanto a la mesada y la edad para pensionarse, *“entonces yo escuché al asesor y me pase al fondo privado”*; que, ella no diligenció el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., sólo revisó que sus datos personales fueran correctos y lo firmó; que, entre el 2001 y 2003, no recibió ninguna información de PORVENIR, por lo que, cuando se presentó a mediados del 2003, un asesor de SANTANDER, quien le dijo que esa Administradora, era mejor y la iban a mantener más informada, *“entonces, pues, yo me pasé a ese fondo”*; que, antes de los 47 años ninguna AFP, le informó que podía regresar al RPM, ni le realizó una reasesoría; que, quiere regresar a COLPENSIONES, porque nunca tuvo una información clara de las Administradoras privadas; además que, se sintió engañada, pues, un estimado de su mesada pensional en el RAIS, sería de \$2.000.000, mientras que en el RPM de aproximadamente \$5.000.000; que, nunca presentó una queja o inconformidad ante PROTECCIÓN; y que, cuando se dio cuenta que el ISS se convirtió en COLPENSIONES, ya no pudo retornar al RPM, porque tenía más de 48 años de edad.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIANNE KLING CEBALLOS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la actora de retornar al RPM con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de

las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas,

en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente el *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a 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, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 15 de noviembre de 2001, con efectividad el 01 de enero de 2002 y su posterior cambio a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy

PROTECCION S.A., realizada el 25 de febrero de 2003, efectivo a partir del 01 de abril de 2003, se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de Primera Instancia.

En cuanto a la condena en costas, que pide la demandada PORVENIR S.A., sea revocada, comoquiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Finalmente, en cuanto la adición del fallo apelado, también solicitada por COLPENSIONES, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas por la *a quo*, una vez PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., trasladen la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actor, con los demás emolumentos; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS; máxime cuando, el Juez de Primer Grado, en su decisión, fijó un límite temporal, para que las AFP, hagan la devolución de todos los dineros a nombre de la demandante, con la correlativa obligación de COLPENSIONES, de recibir y reajustar la historia laboral de la señora KLING CEBALLOS recibidos los mismos.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2023, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIANNE KLING CEBALLOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 007 2020 00027 01 DE MARIANNE KLING CEBALLOS CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora KLING CEBALLOS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105012202200114-01

En Bogotá D.C., hoy doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 04 de mayo de 2023, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BERNARDO VILLEGAS CAMPO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

BERNARDO VILLEGAS CAMPO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, de manera principal, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, efectuada a través de PORVENIR S.A., en julio de 2022, ante la omisión de ésta del deber de informarle con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; que, se condene a PORVENIR S.A., a restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos por su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado; que, se condene a COLPENSIONES, a recibirlo como su afiliado, con los valores trasladados del RAIS y contabilizar, para efectos pensionales, las semanas cotizadas en dicho régimen; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y gastos del proceso.

De manera subsidiaria solicitó que, se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de su afiliación al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad julio de 2002, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de la vinculación a esa Administradora.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo afiliado al RPM, a través del Instituto de Seguros Sociales, desde el 29 de marzo de 1979 hasta junio de 2022, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Indicó que, al momento de su traslado de régimen pensional, PORVENIR S.A., no le asesoró, ni informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre, la existencia de dos regímenes pensionales, respecto a las diferencias entre uno u otro, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones; que, no se tuvo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo cotizado; que, nada se le explicó en relación con el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, ni la edad, para adquirir una pensión en el RAIS o cómo se pensionaría anticipadamente.

Refirió que, nada se le advirtió acerca de la forma en que sería distribuida su cotización, la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional y como esto podría influir en su pensión; que, nada se le dijo del derecho al retracto; que, no se le hicieron proyecciones futuras de su pensión; que, le solicitó a las accionadas, la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno al RPM, obteniendo una respuesta negativa al respecto (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás excepciones que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio (Archivo 14).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (Archivo 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de mayo de 2023, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, al considerar que, la afiliación del señor BERNARDO VILLEGAS CAMPOS, a la AFP PORVENIR S.A., se trató de una vinculación inicial al régimen pensional y no un traslado, pues, éste sólo cotizó en el RPM hasta el año 1992, es decir, cuando no se encontraba vigente aún el Sistema General de Pensiones, creado por la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, contrario a lo manifestado por la *a quo*, la última cotización efectuada por el actor, al RPM, data del año 2001, es decir, que, éste sí realizó aportes a dicho régimen en vigencia del Sistema General de Pensiones, creado con la Ley 100 de 1993; que, con la decisión absolutoria, se le está negando al demandante, el derecho constitucional a la Seguridad Social y a una pensión de vejez digna; que, no se pueden desconocer las semanas cotizadas en el RPM, ni que, en el plenario quedó demostrado el incumplimiento al deber de información por parte de PORVENIR S.A., al momento de su afiliación a esa AFP, por lo que, debe revocarse la decisión impugnada y acceder a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante, insistió en que se debe revocar la sentencia apelada, pues, la falladora de Primera Instancia no tuvo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, ya que, el actor desde marzo de 1979 se encontraba vinculado al RPM, y pese a su inactividad, en el año 2002, se trasladó de régimen pensional, al afiliarse a la AFP PORVENIR.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dijo que, debe confirmarse la decisión absolutoria, pues, el demandante nunca estuvo afiliado al RPM; y que, la ineficacia del traslado se presenta entre regímenes pensionales, por lo que la misma no se puede aplicar al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que el demandante, nunca ha realizado traslado entre los regímenes pensionales.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que negó la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se trató de un traslado inicial, comoquiera que, el actor, era un afiliado al RPM, no cotizante; en caso contrario, *ii)* si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *iii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por la AFP PORVENIR S.A.; *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y, *v)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos regímenes es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

En cuanto a la afiliación del demandante, al Sistema General de Pensiones, lo primero que debe esta Sala señalar, es que, contrario a lo manifestado por la Juez de Primera Instancia, respecto a que, la vinculación del demandante, con la AFP PORVENIR S.A., se trató de una afiliación inicial y no un traslado de régimen pensional, comoquiera que, éste se encontraba en la condición de afiliado no cotizante, pues, su último aporte al ISS, lo fue el 31 de agosto de 1992 y su afiliación al RAIS, se realizó mediante suscripción del formulario el 24 de mayo de 2002 con efectividad a partir del 01 de julio de 2002, por lo que, dice no traía un régimen pensional anterior del cual pudiera trasladarse; sabido es que la afiliación al Sistema General de Pensiones, es una sola y no se pierde por haber dejado de cotizar unos periodos, como lo establece el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 y lo aclaró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicado 33476 del 30 de septiembre de 2008,

donde al respecto indicó que:

La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y la cotización es uno de los deberes que se origina en aquélla; mientras la primera brinda una pertenencia permanente al Sistema, lo preceptúa mediante una primera y única inscripción vitalicia, la cotización es una obligación eventual y periódica que surge sólo bajo determinados supuestos, el de que se esté desempeñando activamente en el mundo del trabajo; y en ningún caso la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se deje de causar cotizaciones o no se paguen éstas.

Igualmente, en la sentencia CSJ SL4575 de 2017, esa Corporación explicó que:

“... la afiliación al sistema general de pensiones es única y permanente, y aquellas personas que antes de la entrada en vigor del mismo, prestaban servicios en el sector público o eran afiliados al Instituto, se incorporaron al sistema en las condiciones de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es decir, son sujetos de derechos y obligaciones frente a la seguridad social, pues no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 48 superior se trata de un derecho fundamental irrenunciable y con vocación de universalidad.-

Así pues, la afiliación no se pierde por dejar de efectuar cotizaciones, y en el evento en que se lleve más de seis meses sin realizar aportes, la única consecuencia es que el afiliado pase a la categoría de cotizante inactivo, sin que por ello deba entenderse que su traslado del RPM al RAIS implique otra afiliación al Sistema General de Pensiones, que se reitera es una sola y con vocación de permanencia.

Ahora, debe tenerse en cuenta que, conforme a la historia laboral consolidada del demandante, expedida por la AFP PORVENIR S.A., éste reporta cotizaciones al RPM, por los meses de febrero y marzo de 2001, mayo y junio de 2002 (fl.27 Archivo 16); así las cosas, al haber cotizó a dicho régimen en vigencia de la Ley 100 de 1993, es por lo que, la vinculación del señor BERNARDO VILLEGAS CAMPO con la AFP PORVENIR S.A., NO se trató de una afiliación inicial, ya que, para el 24 de mayo de 2002, se encontraba afiliado al RPM, de ahí que, el acto jurídico que se materializó con la suscripción del formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatoria Porvenir, fue un traslado de régimen pensional.

En ese orden de ideas, se revocará la sentencia apelada, procediendo la Sala, al estudio de la ineficacia del traslado de régimen pensional, solicitada por el actor.

En cuanto a los requisitos para el traslado del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a

colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar

con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son

precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 01 de mayo de 1960; reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES, con su respuesta; reporte de semanas cotizadas por el actor, en COLPENSIONES, de donde se extrae que cotizó al RPM 482.71 semanas hasta el 31 de agosto de 1992; historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. de la cual se advierte que el señor BERNARDO VILLEGAS CAMPO, al 24 de septiembre de 2022, tiene cotizadas 1.385 semanas, de las cuales 496.7 lo fueron al RPM y 888.2 al RAIS; relación de salario válida para bono pensional; relación histórica de movimientos y aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante en PORVENIR; certificación de afiliación a la AFP PORVENIR, efectiva desde el 01 de julio de 2002; solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones obligatorias de PORVENIR, de fecha mayo de 2002; simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A.; consulta SIAFP, con el historial de vinculaciones del accionante en el Sistema General de Pensiones; expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (Archivos 01, 14, 15 y 16).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, en el año 2002, asesores de PORVENIR, visitaron la empresa donde él se encontraba trabajando y, de manera individual, le fueron informando a los trabajadores, que el Seguro Social, se iba a acabar, por lo tanto, la única opción que había era pasarse a una Administradora privada de pensiones, *“pues teniendo en cuenta que yo ya llevaba varios años trabajando, qué es lo que hay que hacer, pues, lo único que le queda por hacer es pasarse a un fondo privado, estaba un asesor o una asesora, eso si no lo recuerdo, de PORVENIR, le dije, bueno pues hagámosle, porque si mi plata se va a perder, no, es decir, no estaba dispuesto a eso y me afilié a PORVENIR”*; que, no le explicaron la forma en que se iban a manejar esos fondos, ni dónde iban a guardar los aportes que hicieran sus empleadores; que, no le hablaron de rendimientos e intereses, ya que, jamás se le presentó la pensión como una inversión o algo parecido *“simplemente que ahora había que hacer aportes a un fondo privado porque el Seguro Social iba a desaparecer”*; que,

no le hablaron de pensión anticipada y que diligenció el formulario junto con la persona de PORVENIR, quien le iba pidiendo los datos y él firmó; que, no se preocupó por su historia laboral, sino hasta hace poco tiempo, cuando acercándose a la edad para pensión, en alguna oportunidad, pasó por una oficina de PORVENIR, cerca de Puente Aranda, donde le dijeron que se pensionaría con una mesada equivalente a un salario mínimo legal mensual, lo que considera terrible, pues, lleva más de 40 años trabajando, y que, la asesora que lo atendió le dijo que lo único que podía hacer era pedir el cambio a COLPENSIONES, entonces, a partir de ahí comenzó este trámite con el ánimo de garantizar unos ingresos dignos para su vejez; que, nunca pensó en retornar al RPM, porque no conocía la diferencia entre uno y otro régimen pensional, *“porque uno siempre considera que si sucede un cambio es con el ánimo de que las condiciones se mejoren para uno, pienso yo”*.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso haberle proporcionado al actor, información alguna durante su afiliación y menos aún en el transcurso de los años en que ha permanecido afiliado a esa Administradora, en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, aunque el actor, suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, ha de decirse que éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en

forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De otra parte, es preciso indicar que, la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Por todo lo anterior, se declarará que el traslado que hizo el señor BERNARDO VILLEGAS CAMPO del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y cuya efectividad comenzó a partir del 01 de julio de 2002, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, por lo que, se deberá entender que éste jamás se separó el RPM.

Además, deberá condenarse a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir esta orden, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia surtida en esta Instancia judicial y validar la afiliación del demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.”

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se

efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

En relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además que, ésta se impone únicamente sobre los valores correspondientes a 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, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, teniendo en cuenta que las demandadas propusieron la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, por lo cual no hay lugar a declararla probada.

Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, que serán a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 04 de mayo de 2023, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **BERNARDO VILLEGAS CAMPO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado y la afiliación que efectuó el demandante BERNARDO VILLEGAS CAMPO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, cuya efectividad comenzó a partir del 01 de julio de 2002; y, por ende, éste no produjo efecto alguno, por lo que, se deberá entender que el demandante, jamás se separó el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir esta orden, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia surtida en esta Instancia Judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado